THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA GUERRE
ET LA
CONDITION PRIVÉE DE LA FEMME

> Cette guerre... nous porte très rapidement vers un état de choses dans lequel les femmes seront bien plus nettement affranchies de la situation sociale imposée par leur sexe, bien moins entravées dans le développement de leur personnalité, bien plus près d'être les égales des hommes, qu'on ne le vit jamais auparavant dans toute l'histoire de l'humanité.
>
> H. G. WELLS, *L'Europe de Demain, La Guerre et les Femmes*, Traduction MAZEREAU, p. 193-194.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le samedi 15 Mars 1919, à 1 heure 1/2

PAR

ANDRÉ ISORÉ

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE LILLE

Président : M. PIÉDELIÈVRE, *professeur*.

Suffragants : MM. PERCEROU, *professeur*.
LÉVY-ULLMANN, *agrégé*.

PARIS (VIe)

E. DE BOCCARD, ÉDITEUR

1, RUE DE MÉDICIS, 1

1919

NyK 25
F6
919

A LA FEMME

Après avoir bien réfléchi sur la destinée des femmes dans tous les temps et chez toutes les nations, j'ai fini par penser que tout homme devrait dire à chaque femme, au lieu de Bonjour : — Pardon ! car les plus forts ont fait la loi.

Alfred de Vigny, *Journal d'un Poète.*

INTRODUCTION

> C'est méconnaître l'essence même du droit, c'est verser dans une erreur complète, que de vouloir, au nom de la logique, faire de la jurisprudence la mathématique du droit. La vie ne doit pas se plier aux principes : ce sont les principes qui doivent se modeler sur la vie. Ce n'est point là logique, c'est la vie, ce sont les relations, le sentiment juridique qui réclament ce qui doit être ; et la nécessité ou l'impossibilité logique n'ont rien à voir ici.
>
> IHERING, *Esprit du Droit Romain*. Traduction de Meulenaere, t. IV, p. 311-312.

La Guerre et la Femme ! Deux mots dont le rapprochement semble arbitraire, tant les idées qu'ils évoquent s'excluent. Malgré ses transformations, la guerre ne se résout-elle toujours pas en des chocs d'armées où la femme ne trouve pas place ?

Sans doute l'on a vu des filles de la mystique et sainte Russie, renouvelant les exploits des Amazones antiques, se lever pour défendre le sol de leurs pères. Mais ces épisodes rappelant l'Orient sont restés propres aux contrées qui l'avoisinent. Chez nous, nous n'avons pas eu par bonheur à déplorer de semblables sacrifices. Ni Jeanne d'Arc ni Jeanne Hachette n'ont eu de descendantes. Le destin en soit loué :

ANDRÉ ISORÉ

les combats sont déjà suffisamment atroces entre hommes !

Aussi, et en exceptant les services militaires accessoires où la prétendue incapable a été amenée à pénétrer comme partout ailleurs, ce n'est point tant par elle-même que la guerre a exercé une influence sur la femme. La principale conséquence qu'elle ait eue, la Mobilisation de tous les citoyens en état de porter les armes, n'a pas touché cette dernière : en dépit d'elle la maîtresse du foyer est restée en son domaine. Ce n'est pas à dire pourtant que les hostilités n'aient eu aucune répercussion sur le sexe. Pour échapper à leurs atteintes directes, celui-ci ne s'est pas moins vu frappé d'une façon détournée.

Comment aurait-il pu en être autrement ? C'est toute la vie du pays que le fléau déchaîné est venu bouleverser ; c'est toute l'existence du peuple qu'il est venu chavirer. Dès lors la femme qui participe à l'une et à l'autre, sinon de la même manière, cependant au même titre que l'homme, devait en ressentir le contre coup. Il ne l'a pas arrachée à son ménage : il l'y a laissée ; mais il l'y a laissée seule.

Celui qui l'élevait, jeune fille, celui qui la faisait vivre, femme, celui qui partageait avec elle les joies de la famille et l'aidait à supporter les épreuves de chaque jour, tous ceux-là lui sont pris. Père, mari, amant, fils, frère, s'en iront, l'abandonnant solitaire et éplorée. Sous un nom varié c'est en somme son nourricier et protecteur qui brusquement la quitte.

Privée de l'être qui lui fournissait ses ressources ou tout au moins un complément de ressources, l'assistait dans le domaine physique comme dans le domaine juridique, la défendait en même temps qu'il la soumettait à son autorité, la femme devra désormais poursuivre sa vie dans des conditions nouvelles. Le concours de son soutien naturel lui fai-

sant défaut, des difficultés naîtront. Une situation qui était déjà compliquée auparavant, alors que le détenteur du pouvoir était là à ses côtés, prêt à subvenir à chaque instant aux nécessités engendrées par l'existence quotidienne, le deviendra bien davantage encore quand ce tuteur sera retenu loin d'elle.

Pour celle qui, mineure, vit dans la famille de ses parents, les inconvénients résultant du départ du père, pour réels qu'ils peuvent être, seront réduits au minimum. L'enfant demeure au foyer, et demeure en droit sous l'autorité de son chef. Si celui-ci ne peut plus exercer ses prérogatives, en fait la mère le remplacera, quitte à se conformer à ses désirs, à sa volonté, et en cas de besoin à solliciter son consentement.

De même pour celle qui, majeure, vit indépendante, célibataire ou veuve, la situation ne changera guère non plus, sauf bien entendu les modifications qu'y apporteraient les dispositions juridiques nouvelles, régissant tous les individus majeurs et par conséquent les femmes de cet ordre également.

Tout autre, au contraire, sera la condition de l'épouse. Celle-là, bien que majeure ou émancipée par son convol, n'est plus indépendante et libre. Elle est engagée, comme l'on dit fréquemment en une parole symbolique, dans les liens du mariage. Elle est unie à un être qui est son protecteur, mais aussi son maître, qui lui doit entretien, mais à qui aussi elle doit obéissance. Que la guerre vienne le lui enlever, et la voilà sans nourricier et sans tuteur. L'incapable peut se trouver ainsi subitement séparé de celui qui avait la charge de satisfaire à ses besoins matériels et juridiques, de l'assister en tous temps et en tous lieux, et de la relever de son inhabileté.

La condition de cette femme sera pire que celle de la jeune

fille dont nous nous préoccupions tout à l'heure : car il n'y aura plus ici près d'elle une personne toute désignée pour remplacer en fait le titulaire de l'autorité absent, et assurer la persistance de sa volonté. L'épouse demeure seule ; elle n'est cependant pas libérée pour cela, et reste incapable. Son mari conserve l'apanage de la puissance maritale et les prérogatives qu'elle lui confère. En retour il continue d'être tenu des obligations qu'elle lui impose, notamment celle de pourvoir à l'entretien et à la subsistance de sa compagne. Seulement son éloignement, ses devoirs militaires, son changement de situation, l'empêcheront peut-être d'exercer ses droits et de remplir ses charges comme par le passé. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse c'est l'épouse qui en pâtira : son existence rencontrera des difficultés nouvelles.

La situation de la femme mariée ne se trouvera donc réellement modifiée par la guerre que si celle-ci s'abat sur son foyer et lui en enlève le chef — son mari. C'est dire que ces transformations ne se produiront qu'au cas où ce dernier, en âge et en état de porter les armes, est appelé sous les drapeaux. En définitive c'est par la mobilisation de son conjoint que les hostilités réagiront sur l'épouse.

***

Voilà notre sujet posé et délimité. Ce que nous avons l'intention d'étudier ici, c'est la condition que, dans le domaine du Droit privé, la guerre a faite à la femme dont le mari est mobilisé. Nous nous tiendrons exclusivement sur le terrain de la législation civile, déjà assez étendu par lui-même, et le seul qui nous présente en œuvre les principes de la capacité de l'épouse. Nous renoncerons délibérément à toute incur-

sion sur le champ de l'activité économique, quoique là aussi la guerre ait eu grande influence sur la femme, sans doute même une plus grande encore. Mais ce sont deux ordres de choses qu'il importe de distinguer et d'envisager séparement, ne serait-ce qu'à raison de l'ampleur de chacun d'eux. Pour nous, nous nous bornerons au premier.

Cette étude suppose avant tout l'examen d'une question préalable. Puisque c'est la situation de la femme du mobilisé qui va nous occuper, il nous faut rechercher dès le début ce qu'on entend par mobilisé, dans quels cas le mari le sera vraiment, et la répercussion que son état nouveau aura sur le mariage et le ménage.

Ce point élucidé, nous verrons s'élever le problème qui constitue le fond même de ce sujet : la condition de la femme. La condition de la femme, c'est sa manière de vivre, et de vivre dans les deux sphères qui s'ouvrent à elle : celle où le mariage la met : la famille ; celle où l'existence la conduit : la Société. Nos explications se rangent ainsi naturellement sous deux chefs et se divisent par là en deux parties principales (1).

Quelle a été durant cette guerre la situation de la compagne du mobilisé dans la famille ? Dans ce domaine la femme est par son essence même destinée à un double rôle. Le mariage la rend d'abord épouse. Et si en cette qualité il lui accorde peu de droits, il lui en reconnaît toutefois un minimum : le droit à la subsistance, le droit d'obtenir de son mari un entretien convenable. En temps normal le chef du ménage remplit son obligation en faisant vivre sa compagne.

(1) C'est en une semblable classification que le Droit Anglais range les diverses matières relatives à la Condition des Personnes (Domestic Statute and Extra-domestic Statute). V. John W. Salmond, *Jurisprudence*, p. 486-487.

Cela lui est aisé alors parce qu'il est près d'elle. Cela le lui sera moins quand il en sera éloigné. D'autre part la séparation porte à l'oubli. Si son conjoint négligeait par hasard de lui fournir de quoi vivre, comment la femme le rappellerait-elle à l'exécution de son devoir ? Pourrait-elle lui demander une pension alimentaire ? Ne disposerait-elle d'aucun autre moyen à l'égard de ce mari que sa situation actuelle de militaire a fait créancier de l'État ? Deux graves questions que nous tenterons de résoudre en deux chapitres consacrés à l'Épouse.

Le mariage peut ensuite rendre la femme mère. Celle-ci n'a, en présence de son associé, aucun droit sur ses enfants. L'article 373 nous le dit péremptoirement : « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage ». Mais qu'en est-il lorsque le père est retenu loin du foyer ? Le mariage n'est sans doute pas rompu pour cela. Seulement en fait le détenteur de la puissance paternelle ne peut plus exercer ses pouvoirs. Est-ce alors l'article 372, déclarant que l'enfant reste sous l'autorité de sa mère comme de son père jusqu'à sa majorité, qui va jouer ? La mère pourra-t-elle en ce cas comme en celui de l'absence assurer la surveillance, l'éducation de l'enfant, et l'administration de ses biens (Art. 141) ? C'est ce que nous nous demanderons en ce Titre de la Mère.

Si, sortant du cercle familial, la femme du mobilisé pénètre dans celui de la Société, comment s'y comportera-t-elle ? Elle retrouvera, se dressant devant elle, l'antique principe de l'incapacité, barrière rendue plus redoutable encore puisque celui qui devait la lever pour elle n'est plus là pour le faire. Pourtant, si elle en a besoin, ne pourra-t-elle pas contracter ? Le Droit commun, qui permet en certaines occurrences à la Justice de remplacer le mari, ne lui en fournit-il pas le moyen ? Non, répond la jurisprudence : l'habilitation

judiciaire ne saurait intervenir au cas où l'époux est non présent, et non point absent. Est-ce bien sûr ? Cependant le législateur en a pensé de la sorte, et est venu provisoirement au secours de la femme. Nous verrons successivement le droit commun et la jurisprudence, la législation de la guerre et son interprétation, en deux chapitres de ce même Titre des Contrats. Puis, délaissant le terrain des considérations générales pour celui de la réalisation pratique, nous nous attacherons un moment à deux importants problèmes que la guerre a posés en cette matière : celui du Contrat de Travail passé par la femme, et celui de l'Assurance-Vie souscrite à son profit.

D'un autre côté, si la nécessité s'en présente, l'épouse ne pourra-t-elle pas plaider ? Les Tribunaux répondent de façon négative comme précédemment, ce qui a amené le législateur à intervenir ici aussi. Seulement, d'autres mesures ayant été prises par ailleurs pour restreindre les procès durant les hostilités, et protéger les mobilisés contre tout appel en justice, l'action de la femme, même délivrée des obstacles matériels provenant de l'éloignement de son mari, risquera de se heurter à ces obstacles juridiques. De là pour nous, en ce second et dernier Titre, deux nouveaux chapitres tout indiqués.

Ainsi aurons-nous suivi dans leurs principales phases l'existence et l'activité de la femme de mobilisé. Les différentes questions soulevées par l'une et l'autre nous auront fait apparaître les difficultés provoquées par la guerre, les solutions qu'on pouvait leur donner, et celles qu'on leur a réellement attribuées. Il importera alors, pour dégager le sens de l'influence exercée par les événements sur la condition de l'épouse, de réunir par la pensée en un seul ensemble les divers résultats obtenus, et de rechercher la tendance

manifestée par eux. Les décisions et mesures imposées par ces circonstances exceptionnelles auront-elles été, en fin de compte, favorables ou préjudiciables à la femme, auront-elles marqué un progrès sur l'état de choses antérieur ou une simple accommodation du régime ordinaire à la situation présente, tel sera l'objet de nos conclusions.

***

Chose curieuse. Le Code Civil de 1804, issu d'une époque où la guerre était une situation fréquente, pour ne pas dire normale, rédigé sous l'inspiration et la direction d'un maître qui était avant tout un soldat, ne prévoit pas de façon particulière, souvent même ne prévoit pas du tout, les difficultés spéciales que cet état d'hostilités est susceptible d'engendrer.

A peine envisageait-il celui-ci à un point de vue tout à fait pratique et réglementaire, en matière d'actes d'Etat-Civil concernant les militaires hors du territoire du Royaume : Livre I, Titre 2, Chapitre V. A peine s'occupait-il d'une de ses conséquences possibles, du cas fortuit qu'il peut créer, pour décider que ce dernier aurait un caractère extraordinaire, et que le fermier qui s'est chargé des cas fortuits en général n'en supporterait pas les responsabilités : Article 1773. Mais il n'en a pas fait de doctrine d'ensemble ; il ne l'a même pas rangé d'une manière absolue parmi les éléments capables d'entrainer une dérogation aux principes qu'il pose.

Cependant les campagnes de la Révolution et du Consulat

avaient dû soulever certaines des complications que la guerre actuelle a de nouveau mises à jour.

Il faut dire, il est vrai, que la vie d'alors, plus simple et plus familiale que celle d'aujourd'hui, n'obligeait pas continuellement les individus à entrer en relations avec leurs sembables, à établir entre eux cette communication constante qui est l'apanage de l'existence contemporaine. Les besoins étaient moins nombreux, et chacun arrivait plus facilement à satisfaire les siens. Les uns, ayant des ressources, y trouvaient des moyens de subsistance sans devoir les solliciter des tiers. Les autres, n'en ayant pas, vivaient pour la plupart dans la maison de ceux qui en possédaient, et en obtenaient d'eux. Les transactions étaient donc plus rares et la vie économique moins intense. Par suite les perturbations que la guerre entraîne étaient réduites. Aussi le Code ne s'en inquiète-t-il pas.

A côté de cette considération sociale, il en est une autre qui peut également aider à comprendre le silence du Code. A cette époque la guerre n'amenait pas toute la population mâle valide sous les drapeaux. L'Armée était en bonne partie composée de soldats de métier. Gens qui avaient embrassé la carrière des armes comme profession, ils demeuraient dans les rangs toute leur vie — jusqu'à ce que l'âge où les infirmités les obligeassent à se retirer —, ou tout au moins la meilleure partie d'elle. Et s'ils se comportaient ainsi, en un temps où le militaire menait presque continuellement la vie de campagne et ne connaissait guère de repos, c'est probablement qu'ils étaient libres de toutes préoccupations de famille et n'avaient pas fondé de foyer. Du reste, outre les rengagements, l'exemption des conscrits mariés, le départ au service à vingt ans, la faculté de remplacement, l'état quasi-permanent des hostilités, maintes circonstances en somme concou-

raient pour que la plupart des soldats fussent célibataires. La guerre ne provoquait de la sorte qu'un faible trouble dans les relations matrimoniales.

D'ailleurs ces soldats eussent-ils été en majorité mariés que cela n'aurait pas eu grande importance pour les rédacteurs du Code. Dans leur pensée, et surtout dans celle de leur maître, le mari a tous pouvoirs sur sa femme : il est investi d'une puissance sur elle. Dès lors sa volonté seule compte : celle de l'épouse n'entre pas en ligne. Peu importe qu'une guerre survenant fasse à cette dernière un sort difficile ou misérable. C'est là une question de politique domestique qui ne regarde pas l'État. Le soin de pourvoir à ses besoins incombe à son conjoint : celui-ci s'en acquitte comme il l'entend. Au surplus l'activité extérieure de la femme était bien modique à ce moment : son intervention hors du foyer devait être rare. Elle ne se concevait que quand le mari avait disparu ; ainsi au cas d'absence. Pour le reste son devoir d'obéissance lui commandait d'attendre le retour de son époux. Il était donc inutile d'édicter des dispositions propres à la guerre, l'éloignement du mari qu'elle entraînait étant en définitive analogue à celui que provoquait un grand voyage.

Ainsi peut s'expliquer, sans se justifier, le mutisme du Code à cet égard. Mutisme bien importun en face d'un problème aussi grave, lequel atteint tout à la fois le ménage, la famille et la Société. Mutisme d'autant plus curieux que le Code lui-même considère la guerre comme un cas fortuit extraordinaire, et la soustrait en conséquence aux solutions qu'il donne en général pour ces évènements. Au fait, si le législateur de 1804 l'a passée sous silence, n'est-ce pas précisément parce que la guerre se révèle habituellement sous deux aspects qui pour lui n'exigeaient pas d'attention particu-

lière ? Tantôt, en effet, elle apparaît voisine d'un état de choses normal, tel l'éloignement, et par suite ne mérite pas de régime spécial. Tantôt elle se montre exceptionnelle à toute situation prévisible, tel le cas fortuit, et par là même échappe à une réglementation juridique déterminée.

AVERTISSEMENT

> C'est l'honneur de la science juridique de chercher avant tout, non pas ce qui est le plus expédient et le plus utile, mais ce qui est juste et droit.
>
> PAUL GIDE, *La Condition privée de la Femme*, 2e édit., p. 459.

Ce travail pourrait presque porter un autre titre, et s'appeler : *Essai sur la Condition privée de la Femme pendant la non-présence de son mari éloigné par la guerre.* Comme nous le verrons en effet, ce n'est point une absence proprement dite que crée en général la mobilisation, mais seulement une non-présence. Ce sont donc les conséquences de cette situation que nous avons à étudier.

Pour ce faire nous n'avons pas cru devoir nous cantonner dans l'examen des résultats propres à la guerre. Puisque, sous son nom, qui symbolise à l'heure actuelle toutes les non-presences, c'est au fond d'un état de droit commun que nous nous préoccuperons, nous indiquerons en même temps les solutions auxquelles aboutit sur ce point la législation normale et celles que la guerre a imposées.

Nous avons été d'autant plus incité à agir de la sorte que cette question de la non-présence du chef du ménage, prise

dans son ensemble, n'a pas beaucoup éveillé jusqu'ici la curiosité des interprètes. D'autre part, ainsi que nous le constaterons à plusieurs reprises au cours de cet ouvrage, c'est le droit commun pur et simple qui a réglé la condition de la femme durant un an d'hostilités, et constitua pendant ce temps le droit de la guerre. Et à l'inverse, si des réformes n'interviennent pas, c'est lui qui, une fois cette tourmente finie et après tant de choses changées, fixera encore la situation de l'épouse en cas de non-présence de son conjoint, et reprendra dans ce monde nouveau un empire plus que jamais désuet.

Enfin, et par dessus tout peut-être, ce qui nous a conduit à adopter cette méthode, c'est le caractère accessoire qu'au fur et à mesure que nous avancions dans la préparation de notre travail, parurent nous montrer les dispositions édictées spécialement à raison de la guerre. C'est-à-dire que selon nous ces mesures n'avaient rien de nécessaire, et que, n'eussent-elles pas été mises à jour, le droit commun interprété libéralement aurait presque suffi à combler toutes les lacunes.

Mais, bien entendu, tout en nous portant dans une certaine limite à voir les choses dans leur généralité, la guerre créait elle-même des problèmes particuliers, dont l'importance, semblable à celle de toutes les répercussions qu'elle entraîne, réclame un examen. Nous n'aurons garde de l'omettre.

***

Toutefois, il ne nous sera pas permis de pousser dans cette voie aussi loin que nous le voudrions. La Mobilisation du mari, en effet, n'est pas la seule circonstance susceptible

d'influencer la condition de la femme. A côté d'elle, il est d'autres événements qui le peuvent faire aussi.

Les uns dérivent de l'état primitif de l'époux et n'en constituent que des modifications : telles sont sa disparition au cours des combats, sa capture par l'ennemi, sa mort. Nous dirons en passant quelques mots de la première situation qui rappelle l'absence. Nous délaisserons la seconde qui se confond avec la non-présence, ainsi que la troisième dont les difficultés sont surtout d'ordre réglementaire. Les autres sont indépendants de l'appel aux Armées du chef du ménage et résultent, soit de sa nationalité ennemie, dont il aurait conféré le statut à sa compagne par son mariage (Art. 19 C. Civ.), soit de la déchéance de sa naturalisation française (Loi du 7 avril 1915).

Autant de questions qui mériteraient une étude attentive et particulière. Nous devons renoncer à les aborder ici ; une pareille tâche exigerait des développements tout à fait hors de proportion avec les cadres de cet essai. D'ailleurs, selon nous, ces points ne présentent qu'une moindre importance. Leur intérêt n'a pas ce caractère permanent que revêt celui de la non-présence. Il a quelque chose de passager et de temporaire comme l'état exceptionnel qui les a soulevés. Il s'éteindra avec lui dans une large mesure. Aussi peut-on probablement, sans risquer pour cela de donner une description juridique insuffisante du sort de la femme pendant la guerre, se contenter de les signaler.

GÉNÉRALITÉS

CONCERNANT LA FEMME DU MOBILISÉ

Comme nous l'avons vu précédemment (1), la guerre n'atteint pas la femme directement ; elle ne la frappe que par contre-coup des obligations qu'elle impose à son mari, et des modifications qu'elle apporte à la situation de celui-ci. Dans l'ensemble, on peut dire que la guerre n'a touché la femme d'une façon particulière qu'en tant que femme mariée. C'est parce qu'elle était engagée dans les liens de l'association conjugale, c'est parce qu'elle avait uni son existence à celle d'un homme, sous la protection et la puissance duquel elle se trouvait ainsi placée, en un mot, c'est parce que le mariage l'avait privée de sa pleine liberté et l'avait rendue dépendante d'un individu que la guerre allait prendre, que la femme a vu sa situation influencée par les événements nouveaux. Sans son convol en justes noces, elle y aurait presque échappé ; à cause de lui, elle y sera soumise.

Ainsi ce bouleversement tragique, en même temps qu'il la mutilait dans ses affections, devait encore et par surcroît lui faire sentir toute l'infériorisation à laquelle le mariage l'avait condamnée. En temps normal, vivant en commun

(1) V. *Introduction*, p. IV.

avec son époux, elle ne se rendait pas un compte exact de sa véritable situation. L'usage, consacré par la loi, laquelle attribue au mari la direction extérieure du ménage et le fait presque toujours intervenir seul dans les relations avec les tiers, lui révélait moins fortement son incapacité. Et quant à la discipline intérieure, elle lui était voilée aussi par les mœurs qui lui laissaient la direction domestique de l'association, et par l'existence en commun qui rendait aisé au mari l'exercice de ses prérogatives et en dissimulait souvent la rigueur.

Mais voilà que la séparation brusquement se produit, et, telle la cassure qui décèle la nature intime du métal qu'elle vient d'ouvrir, découvre la condition réelle de la femme. Celle-ci, inhabile aux actes de la vie juridique, se voyait ordinairement relevée de cette incapacité par l'assistance et le concours de son mari. Son tuteur s'éloignant, sa situation empire ; celui qui pouvait lui fournir l'autorisation indispensable pour agir, ne sera plus là continuellement près d'elle pour la lui donner. Et ce n'est pas seulement sa condition juridique qui est aggravée, c'est sa condition matérielle également. Celui qui l'avait sous son autorité, avait aussi charge de veiller sur elle et mission de pourvoir à son entretien : charge et mission dont il lui était facile de s'acquitter à l'heure où il partageait son existence, et dont la femme obtenait aisément l'accomplissement, mais qui, après la séparation, seront pour lui plus âpres à remplir, et pour elle plus difficiles à faire exécuter.

La guerre aura ainsi de graves conséquences pour la femme à qui elle enlève son mari. La guerre elle-même ? Est-ce elle qui engendre ce résultat ? Non, pas elle directement. Mais il est l'œuvre d'une mesure qu'elle amène de façon irrémédiable : la mobilisation de tous les citoyens valides et en âge

de servir aux Armées. C'est donc, en termes plus précis, la mobilisation du mari qui mettra la femme dans cette situation délicate que nous avons évoquée tout à l'heure.

Aussi, avant toutes choses, il importe de savoir ce qu'est la Mobilisation, au point de vue juridique, et ce que l'on entend par mobilisé.

TITRE PRÉLIMINAIRE

QU'EST-CE QU'UN MOBILISÉ ? (1)

SECTION I

QUAND PEUT-ON DIRE D'UN INDIVIDU, QU'IL EST MOBILISÉ ?

Il semble que la réponse à cette question soit facile et simple : le mobilisé n'est-il pas, par définition même, l'individu qui, se trouvant dans les conditions prévues par l'ordre de Mobilisation qui est lancé, y a satisfait comme il le devait ? Ainsi entendue cette notion paraît bien vague. Mais c'est à dessein que nous nous tenons tout d'abord sur ce terrain, pour prendre une vue d'ensemble des choses, nous réservant ensuite de les pénétrer et les préciser davantage.

Cette acception générale n'est pas, autant qu'on peut s'en rendre compte, celle du langage courant. Le parler quo-

(1) La doctrine ne nous fournit pas d'indications sur cette question. Certains auteurs, des publicistes qui s'occupent de la Mobilisation, se contentent de nous dire que c'est le passage du pied de paix au pied de guerre des forces militaires du pays (V. SIMONET, *Traité élémentaire de Droit public et administratif*, 4e édit., Paris, 1902, p. 468, nº 1256). Sans doute cela est vrai au point de vue de l'organisation militaire, mais cela ne nous renseigne pas sur la notion même de mobilisation et sur ce qu'il faut entendre par là.

Notre travail achevé, nous avons vu cette lacune se combler par la parution de l'important ouvrage de M. WAHL, *Le Droit civil et commercial de la Guerre*.

tidien ne donne pas à ce terme de mobilisé un domaine aussi large. Pour lui, est tel l'individu que l'ordre de Mobilisation appelle à l'Armée, et uniquement celui-là. Ne l'est pas celui qu'il laisse dans ses fonctions. A première vue, c'est le bon sens même.

Conception plus étroite, mieux en harmonie avec les faits qu'elle serre de plus près, et qu'on croirait tout à la fois être et ne pas être celle du législateur. L'article 42 de la loi du 21 mars 1905 qui règle la matière, indique en effet dans son alinéa 2 un certain nombre d'individus qui, bien que touchés par l'ordre de Mobilisation générale, sont autorisés à ne pas rejoindre immédiatement et sont laissés à leur poste (1). *Sont autorisés à ne pas rejoindre immédiatement*, dit la loi : par conséquent, pour elle, ne sont véritablement mobilisés que ceux qui ont rejoint l'Armée. Seulement, par ailleurs, elle montre que la plupart de ces individus, quoique maintenus dans leurs fonctions, passent aussitôt sous l'autorité du Ministre de la Guerre (2) ; c'est donc qu'ils sont rattachés à l'organisation générale de l'Armée, et entrent dans son sein. Du fait qu'ils ne sont pas appelés sur l'heure dans les rangs des troupes combattantes ou auxiliaires, il ne s'en suit pas qu'ils ne sont pas mobilisés : car, s'ils passent sous l'autorité du Ministre de la Guerre, n'est-ce pas précisément à raison de leur mobilisation ? A l'ordre qui est lancé, ils répondent d'une façon plus conforme à leurs aptitudes et aux besoins de la défense nationale, mais ils ne sont pas dispensés d'y répondre ; la preuve, c'est qu'ils sont placés sans délai

(1) Il s'agit là de fonctionnaires ou d'agents dont la présence est indispensable à leur poste pour assurer la bonne marche des services dont ils sont chargés. La loi met comme condition à leur maintien temporaire dans leur emploi, qu'ils l'occupaient depuis six mois au moins.

(2) Loi du 21 mars 1905, article 42, alinéa 4.

sous le contrôle des autorités militaires. Ainsi, les employés des Chemins de fer, les agents des services des Travaux publics, éclusiers, pontiers, gardiens de phare, etc. (1).

A côté, il en est d'autres qui, bien qu'autorisés à ne pas rejoindre aussitôt, ne passent pas sous l'autorité immédiate du Ministre de la Guerre ou de la Marine, et ne rejoignent leur corps que sur ordres spéciaux. Ce sont les agents des services publics visés par les tableaux B et C, annexés à la

(1) V. Tableau A adjoint à la loi du 21 mars 1905. Spécialement pour les employés de chemin de fer, la Cour de Cassation décide que le service des chemins de fer étant subordonné, en temps de guerre, à l'autorité militaire, les employés doivent être considérés comme appartenant à un service dépendant de l'armée et relevant des Conseils de guerre dans les circonscriptions territoriales déclarées en état de guerre. — Cass., 24 juin 1915. *Gaz. des Trib.*, 24 juillet 1915. — Cass., 23 nov., 1916. D. 16.1.278. — M. Wahl adopte cette opinion. V. *Le Droit civil et commercial de la Guerre*, t. I, n° 45, p. 61-62. — Cette manière de voir ne nous semble considérer qu'un côté de la question. Certes les employés des chemins de fer maintenus dans leurs fonctions relèvent du Conseil de guerre dans les circonscriptions territoriales déclarées en état de guerre ; la mobilisation place les compagnies sous le contrôle de l'administration militaire (Loi du 28 décembre 1888, art. 22. Loi du 23 mars 1905, art. 42, § 4) et fait par suite tomber les agents, dans ces circonscriptions, sous la compétence du Conseil de guerre, en application des articles 62 et 69 combinés du Code de Justice Militaire. Mais hors de ces régions, là où ces articles 62 et 69 n'ont plus de force, les employés des chemins de fer n'échappent pas entièrement au Conseil de Guerre, car l'article 42, § 4 de la loi du 23 mars 1905, qui les dispense de rejoindre pour tout le territoire, les place sous l'empire de l'article 57 de ce même Code, et les soumet à la juridiction de l'armée pour les infractions militaires. Donc même les agents non appelés aux armées et maintenus dans des circonscriptions non déclarées en état de guerre sont atteints par l'Ordre général. Ils ne sont pas présents sous les drapeaux, puisqu'ils ne sont pas, par hypothèse, affectés à une section de chemins de fer de campagne — ceux-là sont de vrais soldats (V. Seine, 20 décembre 1915. D. 16.2.49. — La décision de la Commission consultative des loyers du 25 octobre 1918. Les *Débats*, 8 novembre 18). Cependant comment soutenir qu'ils ne sont pas touchés par la Mobilisation puisqu'ils sont soumis au régime répressif institué pour les militaires au Livre IV, titre 2, du Code de Justice Militaire ?

loi de 1905 (1). Ils bénéficient donc d'un sursis d'appel. Sont-ils mobilisés ?

Sans doute ils ne sont pas, comme les précédents, à l'entière disposition du Ministre de la Guerre ; mais c'est parce que ce sont des agents et fonctionnaires attachés aux grands services publics et dont le brusque départ jetterait la désorganisation dans l'administration de ces derniers. On a voulu qu'ils ne puissent être appelés qu'après entente entre le Ministre de la Guerre et son collègue qui a la haute main sur ces établissements. Sans doute il faudra, pour les convoquer, un ordre spécial ; mais c'est précisément parce qu'ils occupent des fonctions jugées utiles à la défense nationale. Ces deux raisons ne prouvent pas qu'ils ne sont pas atteints par la mobilisation. Du reste l'article 42 nous dit : sont autorisés à ne pas rejoindre immédiatement. N'est-ce pas décider que ces individus, qui profitent ainsi d'un sursis pour rejoindre, n'en ont pas moins été touchés par la Mobilisation ? Sans quoi ils n'eussent pas eu besoin d'une autorisation particulière. L'article 42 *in fine* déclare d'ailleurs d'une façon générale que tous les hommes autorisés à ne pas rejoindre sont, dès la publication de l'ordre de mobilisation, soumis à la juridiction des tribunaux militaires, par application de l'article 57 du Code de Justice Militaire. Si, dès ce moment, ces individus, comme les précédents, sont passibles du Conseil de guerre, dans les termes prévus par l'article 57 du Code de Justice Militaire, c'est-à-dire pour les crimes et délits militaires, c'est qu'ils sont devenus militaires, comme les précédents aussi. Or, comment le seraient-ils s'ils n'étaient pas mobilisés (2) ?

(1) V. Loi 21 mars 1905, art. 42, alinéa 5.

(2) Les individus figurant aux tableaux B et C, et ne rejoignant leur corps que sur ordres spéciaux, sont donc mis en sursis ; il faut un appel

Au surplus, cela répond bien au principe que l'article 42 a posé en tête de ses dispositions : « En cas de Mobilisation, nul ne peut se prévaloir de la fonction ou de l'emploi qu'il occupe pour se soustraire aux obligations de la classe à laquelle il appartient ». Il suit de là que l'homme autorisé à ne pas rejoindre immédiatement n'en reste pas moins soumis au sort de sa classe. Celle-ci étant mobilisée, il l'est aussi. Il ne suffirait pas de dire qu'il est mobilisable. C'est là une expression qui convient bien à celui dont la classe n'est pas encore appelée, mais est susceptible de l'être. Elle ne cadre pas avec la condition de l'individu dont la classe est partie, et qui n'a dû qu'à ses fonctions de ne pas rejoindre l'Armée. Il est plus que mobilisable : il a été compris dans la mobilisation déjà ordonnée, tout en recevant provisoirement une affectation spéciale. Ne dit-on pas fréquemment en parlant de lui qu'il est un *mobilisé* en sursis d'appel, ou qu'il est *mobilisé* sur place ?

Ainsi donc ceux qui demeurent à leur poste en exécution des prescriptions de leur fascicule de mobilisation, n'en sont pas moins mobilisés au jour où l'ordre général est lancé. Ils sont dans une situation analogue à celle des militaires en

nouveau pour les faire venir à l'Armée. Mais ce sursis n'est pas une exemption. Ils ne sont pas dispensés des obligations qu'impose la Mobilisation, mais autorisés provisoirement à ne pas répondre à son principal effet : l'appel sous les drapeaux. Leurs fonctions les font mettre aussitôt en congé. Dès lors, ils sont dans la situation des militaires en congé, et comme tels justiciables des tribunaux militaires pour les infractions militaires. L'article 42, § 6 de la loi du 21 mars 1905 renvoie d'ailleurs à l'article 57 du Code de justice militaire qui soumet les militaires en congé aux dispositions du titre II du livre 4 du dit Code, dispositions relatives aux crimes et délits militaires. Il en résulte que si ces agents viennent à quitter leurs fonctions sans avoir de motifs légitimes à invoquer, ils risquent de commettre une désertion. Cela ne prouve-t-il pas qu'ils sont mobilisés ? Sinon, comment pourraient-ils être déserteurs?

congé, qui, selon l'article 57, alinéa 2 du Code de Justice Militaire, sont soumis à la juridiction du Conseil de guerre, justement pour cette raison que le congé ne leur fait pas perdre leur qualité de militaires.

Tout ceci nous montre que la large définition du mobilisé que nous avons proposée au début, est en principe admissible, puisque l'examen des textes la confirme. Mais où les véritables difficultés commencent, c'est quand nous nous reportons aux lois qui, depuis la guerre, sont venues réglementer les diverses questions que l'état de mobilisation a soulevées. Ces dispositions n'ont pas cru devoir employer, la plupart du temps, ce terme générique de mobilisé, pour désigner les individus qu'elles visent. Elles utilisent d'autres expressions plus étroites, plus restrictives, ne comprenant pas tous les mobilisés, mais certains d'entre eux seulement.

Ainsi la loi du 5 août 1914 qui confère au Gouvernement le droit de prendre, par décret en Conseil des Ministres, toutes mesures nécessaires pour suspendre et faciliter l'exécution des obligations, et constitue à certains égards la charte du mobilisé, nous parle des citoyens « présents sous les drapeaux (1). » C'est cette terminologie que nous retrouvons dans le décret du 15 décembre 1914 (2), rendu en application de cette loi. C'est une expression analogue qu'a employée une autre loi du 5 août 1914 (3), relative aux allocations à accorder aux familles nécessiteuses des militaires « appelés ou rappelés sous les drapeaux ». Expression que nous apporte également une troisième loi de la même date, concernant, pour les fonctionnaires « appelés sous les dra-

(1) V. Loi du 5 août 1914, art. 4. Dalloz, Guerre 1914, *Documents officiels*, t. I, p. 37.
(2) V. Dalloz, Guerre 1914, t. II, p. 206.
(3) V. Dalloz, Guerre 1914, t. I, p. 38.

peaux », le cumul de la solde militaire avec le traitement civil (1). Nous pourrions multiplier les exemples et citer encore d'autres textes, notamment la loi du 4 avril 1915 relative au mariage par procuration des militaires « présents sous les drapeaux » (art. 1) (2).

Parfois, cependant, on rencontre dans les textes émanant du législateur ou du gouvernement, les mots mobilisation ou mobilisé, mais là encore ils sont utilisés dans leur sens restreint d'appel aux Armées. Ainsi dans la loi du 6 avril 1915 permettant la réunion de plusieurs justices de paix en une seule, à raison de l'absence du titulaire pour cause de mobilisation (3). De même dans celle du 30 mars 1916 facilitant le divorce des mobilisés (art. 1) (4). Également dans les nombreux décrets et circulaires intervenus à l'occasion de ces deux lois.

L'examen de tous ces textes ne nous permet-il pas de conclure que, d'une façon générale, le législateur ne prend pas ce terme « mobilisé » dans une acception élargie ? Tantôt il évite de l'employer, pour se servir d'une expression plus étroite : appelé ou présent sous les drapeaux. Tantôt il l'emploie, mais c'est alors avec cette dernière signification. Son langage correspond ainsi au langage courant. Pour lui comme pour le peuple, le mobilisé est l'individu que l'ordre de mobilisation a appelé sous les drapeaux.

C'est en faveur de celui-là qu'il a organisé des mesures de protection et de bienveillance, et fait fléchir le droit commun. C'est pour celui-là qu'il a institué la suspension complète des poursuites judiciaires, la prorogation totale des échéances,

(1) V. Dalloz, Guerre 1914, t. I, p. 40.
(2) V. Dalloz, 1915. 4, 136.
(3) V. Dalloz, Guerre 1914, t. IV, p. 109.
(4) V. Dalloz, Guerre 1914, t. X, p. 247.

notamment en matière de loyer, et aussi, en principe, l'assistance par l'allocation militaire.

Cette interprétation distinguant les mobilisés et les citoyens présents sous les drapeaux, pour réserver à ceux-ci l'avantage des dispositions particulières que la guerre a fait édicter, est celle que la jurisprudence a admise également (1).

A la différence donc de son prédécesseur de 1905, le législateur de la guerre a été amené à répartir les mobilisés en deux catégories : les présents à l'Armée, qui reçoivent seuls véritablement le titre de mobilisés, et les non-présents. Répartition opportune et juste. Ceux-là seuls, en effet, qui sont appelés sous les drapeaux, voient leur situation gravement atteinte par la Mobilisation, leurs intérêts compromis, leurs droits menacés, bref leur condition empirée. On conçoit qu'on organise en leur faveur des mesures spéciales et qu'on les leur réserve. Les autres, demeurés dans leurs fonctions ou emplois antérieurs, ne ressentent de la guerre, malgré leur mobilisation, que ce qu'en ressentent tous les citoyens : il est logique qu'ils soient soumis au régime de ceux-ci. Point ne leur était besoin d'une protection exceptionnelle. La distinction admise par le législateur correspond bien aux faits et aux nécessités de la pratique.

***

S'il en est ainsi, si la mobilisation fait deux classes des individus qu'elle atteint, et que seuls ceux qu'elle amène à l'Armée sont vraiment des mobilisés, tant au point de vue

(1) V. en ce sens Trib. civ. Guéret (Référé), 12 nov. 1915. Phily, 1915, 1, n° 749. — Trib. civ. Corbeil, 4 mai 1916, *J. des Ass.*, 1916, p. 458. — Trib. civ. Mantes, 25 janv. 1917, *J. des Ass.*, 1917, p. 279.

des mœurs que de la législation actuelle, nous voyons une autre question s'élever. Étant donné que pour être mobilisé, il faut être appelé sous les drapeaux, il faudra, pour le rester, y demeurer. On ne l'est qu'autant que l'on est présent. Nous avons donc maintenant à nous demander ce que l'on entend par être présent sous les drapeaux.

SECTION II

QU'EST-CE QU'ÊTRE PRÉSENT SOUS LES DRAPEAUX (1) ?

Ces mots ont-ils besoin d'être définis ? Ne s'expliquent-ils pas par eux-mêmes. A première vue, il semble qu'ils ne soient pas susceptibles de donner lieu à deux interprétations. Etre

(1) Pour M. Wahl cette expression de présent sous les drapeaux est synonyme de mobilisé. L'un et l'autre terme désignent, comme d'ailleurs celui d'appelé sous les drapeaux, « l'homme qui a été convoqué pour remplir un rôle, pendant la guerre, dans la hiérarchie militaire et la défense du pays » (V. WAHL, *Le Droit civil et commercial de la guerre*, t. I, n° 37, p. 54), ou encore le « soldat » (n° 38, p. 54), ou encore celui qui a été placé dans « un état de préparation spéciale pour la guerre » (n° 38, p. 56. *Adde* n° 41, p. 58). Si ces trois expressions sont synonymes, les définitions qui en sont données ne nous semblent pas l'être. Le « soldat » proprement dit ne peut pas être identifié à l'individu « convoqué pour remplir un rôle, pendant la guerre, dans la hiérarchie militaire et la défense du pays. » Cela est si vrai que le savant auteur, après avoir dit que ceux qui ont été mobilisés dans leurs fonctions n'en sont pas moins présents sous les drapeaux (V. N° 44, p. 61), reconnaît que les fonctionnaires des tableaux A, B, C, autorisés par l'article 42, al. 2 de la loi du 23 mars 1905 a ne pas rejoindre immédiatement, ne sont mobilisés que lorsqu'ils reçoivent l'ordre de se rendre sous les drapeaux (V. N° 58, p. 76). Certes ces divers agents ne sont pas des soldats ; mais ne remplissent-ils pas un rôle, pendant la guerre, dans la hiérarchie militaire, tout au moins ceux du Tableau A qui passent immédiatement sous l'autorité des ministres de la Défense nationale ? Pour ne pas être sous les drapeaux, ils sont tout de même incorporés dans l'administration de l'Armée. Un fait juridique le montre : ils passent aussitôt

présent sous les drapeaux, c'est être réellement à l'armée, c'est y être effectivement, en fait.

Seulement l'Armée comprend de nombreux services, et tous ceux qui y sont incorporés ne sont pas placés dans la même situation. Bien qu'étant à l'Armée, et soumis en conséquence aux obligations qu'elle impose, à la discipline à laquelle elle contraint, certains ne remplissent pas un service d'armée proprement dit, c'est-à-dire un service de combattant, mais des fonctions administratives. Parfois même c'est en dehors de la zone des opérations militaires et loin du front des hostilités qu'ils s'acquittent de ces fonctions. Doivent-ils dès lors être considérés comme présents sous les drapeaux ?

Oui, ceux-là sont réellement à l'Armée. Pour ne tenir que des emplois auxiliaires et accessoires, ils n'en sont pas moins attachés à un corps, et ils y sont présents. Or, c'est bien ce fait de la présence au corps qui importe en l'occurrence, indépendamment de la mission qu'a reçue le mobilisé. L'article 4 de la loi du 5 août 1914 n'exige de l'individu, pour qu'il puisse jouir de la protection instituée, que sa présence sous les drapeaux. Or, si cette expression est stricte, elle a quelque chose de large en même temps.

sous la compétence des Conseils de guerre, non pas d'une façon générale, comme tous civils soumis à ces tribunaux à raison de l'état de siège, mais d'une manière particulière, dans les limites fixées par l'article 57 du Code de justice militaire, c'est-à-dire pour les crimes et délits militaires. Si ces individus peuvent se rendre coupables d'infractions militaires, n'est-ce pas qu'ils ont été militarisés, même avant leur appel sous les drapeaux ? Comment l'auraient-ils été si la Mobilisation ne les avait pas touchés. Cela nous confirme dans l'opinion qu'on ne saurait assimiler les deux termes de mobilisé et de présent sous les drapeaux. Au surplus, à la suite des restrictions que M. Wahl est amené à faire (V. N° 45, p. 61, et N° 58, p. 76), sa définition du présent sous les drapeaux qui paraît si large au premier abord devient en réalité beaucoup plus étroite.

Elle est stricte. Car elle n'englobe pas tous ceux qui sont touchés par la Mobilisation : elle laisse en dehors de son domaine les individus que celle-ci maintient dans leur situation antérieure tout en les faisant passer sous l'autorité du Ministre de la Guerre, — à plus forte raison les individus que celle-ci n'enlève ni à leur poste ni à leurs chefs normaux.

Pour ces derniers la question n'est pas douteuse. Puisqu'ils demeurent dans leurs fonctions du temps de paix et ne peuvent être appelés à l'Armée que par ordres spéciaux, ils ne sont en rien présents sous les drapeaux. Comme nous l'avons soutenu, ils ne restent pas complètement étrangers à l'effet de la Mobilisation et sont rattachés en une certaine mesure à l'organisation militaire — ce qui se traduit par leur soumission à la juridiction du Conseil de guerre. Mais on ne peut, pour cela, songer à dire qu'ils sont sous les drapeaux, sinon à quoi servirait leur convocation ultérieure ?

Pour les premiers, au contraire, la question est controversée. On a prétendu que les individus mobilisés sur place devaient être considérés comme présents sous les drapeaux, à l'égal de ceux que l'appel général a fait enrégimenter (1). C'est là une doctrine qui nous paraît sujette à caution. Pour pouvoir les tenir pour présents sous les drapeaux, il faudrait recourir à une fiction, c'est-à-dire dénaturer les faits. Sans doute, ils sont à la disposition du Ministre de la Guerre, se différenciant en cela des précédents qui ne peuvent être convoqués que par ordres individuels. Seulement, pour ces derniers, cela résulte de la nature de leurs fonctions qui ne ressortent pas uniquement de ce ministre, et dépendent aussi étroitement d'autres administrations essentielles à la bonne

(1) V. en ce sens Cézar-Bru dans Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3e édit., t. VI, *Supplément*, p. 978.

marche des affaires du pays. Pour les autres, au contraire, la régularité de leurs services intéressant au premier chef la défense nationale, on les soumet aux ministres chargés de veiller à celle-ci. Cependant, nonobstant cette distinction, ils sont en fait dans la même situation que les fonctionnaires cités plus haut : comme eux, ils sont plus civils que militaires ; et dès lors, demeurant à leur place, ils ne sont pas présents sous les drapeaux. La jurisprudence adopte cette opinion (1).

D'un autre côté, cette expression de « présent sous les drapeaux » a quelque chose de large. En effet, elle ne se restreint pas aux citoyens que la Mobilisation fait passer dans les rangs de l'Armée combattante : elle s'applique également à ceux qu'elle classe dans des situations administratives, judiciaires, médicales, et plus généralement dans tous les postes auxiliaires de l'Armée. Même ceux-là, étant présents à leur corps, sont présents sous les drapeaux. Et ils le seraient pareillement s'ils occupaient ces fonctions, non plus au front, mais à l'intérieur du pays, et par conséquent très loin peut-être de la zone des Armées. La jurisprudence est pour ainsi dire unanime sur ce point. Elle déclare que pour qu'un individu soit présent sous les drapeaux, il faut, mais il suffit, qu'il soit présent à son corps ; peu importe l'emploi qu'il occupe, que ce soit un emploi actif dans l'Armée combattante, ou un emploi auxiliaire dans les services de cette armée, ou encore un emploi sédentaire dans les cadres de la zone de l'arrière (2).

(1) V. en ce sens Trib. civ. de Corbeil, 4, mai 1916. *J. des Ass.*, 1916, p. 458. — Trib. civ. de Mantes, 25 janvier 1917. *J. des Ass.*, 1917, p. 279. — Cf. Trib. civ. Guéret, 12 nov. 1915. Phily, 1915,1, N° 749. *Adde* Wahl, *Le Droit civil et commercial de la guerre*, t. I, N° 58, p. 76.

(2) V. en ce sens Cour de Bastia, 6 juillet 1915. D. 1916.2.43. — Cour de Poitiers, 7 février 1916. D. 1916. 2. 95. — Cour de Lyon, 21 mars 1916. D. 1916. 2. 92.

Voilà donc les militaires que l'on pourra considérer comme présents sous les drapeaux, et par là même comme mobilisés, au sens où le législateur de la guerre entend cette expression (1). Tous autres, non astreints à rejoindre un corps quelconque de l'Armée, ne bénéficieront pas de cette dénomination, et resteront en dehors de l'application des mesures auxquelles elle donne droit.

***

Connaissant ainsi quels sont les mobilisés (2), nous avons répondu à la question que nous nous étions posée au début, et nous en aurions fini avec ce sujet s'il ne nous fallait examiner une situation particulière dans laquelle, postérieurement à leur appel sous les drapeaux, les mobilisés peuvent

(1) Du fait que présent sous les drapeaux signifie présent au corps les militaires en activité de service lors de la Mobilisation seront tels, et pourront en ce sens porter la qualification de mobilisés, bien qu'ils n'aient pas précisément été appelés à l'armée par l'Ordre général.

(2) Quant au moment à partir duquel un individu est mobilisé ou présent sous les drapeaux, nous croyons, comme M. Wahl, qu'il l'est dès l'instant où il s'est mis en route pour rejoindre son corps, car en répondant à la convocation « il accomplit le premier acte de discipline qui lui incombe ». V. WAHL, *op. cit.*, t. I, N° 59, p. 76-77.

D'autre part, ainsi que l'indique encore cet auteur, on reste mobilisé ou présent sous les drapeaux tant qu'on demeure soumis aux obligations militaires correspondantes. V. N° 64, p. 78. Le soldat prisonnier, réfugié en pays neutre, renvoyé dans ses foyers jusqu'à convocation ultérieure (pour celui-ci nous dirions plutôt qu'il continue à être mobilisé, mais non présent sous les drapeaux), le blessé et le malade à l'hôpital sont présents sous les drapeaux. V. N° 64-65-66, p. 78-79.

Enfin ne sont pas mobilisés ceux qui ne sont pas appelés à un titre militaire et ne font que prêter leur concours à la défense du pays. *Ibid.*, N° 45, p. 61. — V. aussi pour certaines catégories de personnes dont les services sont utilisés aux Armées : engagés spéciaux, agents du Trésor et des Postes, aumôniers militaires, membres des Sociétés d'assistance, N° 45-49, p. 62-69.

être placés. Tous ceux qu'elle a amenés à l'Armée, en effet, la guerre ne les y a pas conservés. Les besoins en matériel et en fabrications de toutes sortes en ont fait renvoyer un certain nombre. Parmi ceux-ci, les uns ont été détachés de leur corps pour être affectés à des établissements de l'État ; les autres ont été mis à la disposition de l'industrie privée travaillant pour la défense nationale. Quelle est la condition des uns et des autres? Malgré leur départ de leur corps, doivent-ils toujours être considérés comme mobilisés, c'est-à-dire comme présents sous les drapeaux ? Nouvelle difficulté !

SECTION III

SITUATION DES MILITAIRES DÉTACHÉS DE LEURS CORPS POUR ÊTRE AFFECTÉS A DES ÉTABLISSEMENTS TRAVAILLANT POUR LA DÉFENSE NATIONALE.

A. — *Militaires détachés dans les Établissements de l'Etat.*

Ceux qui sont affectés à de tels établissements, par exemple aux poudreries, arsenaux, manufactures d'armes, ne cessent pas ordinairement, malgré leur changement de tâche, d'être avant tout des militaires.

Ces établissements d'État, ou, comme l'on dit parfois, ces établissements de la guerre, pour bien montrer qu'ils rentrent dans l'ensemble des services placés sous la dépendance directe du Ministre de la guerre, font partie intégrante de l'organisation de l'Armée. Le personnel y est soumis à la discipline militaire, et y est assujetti à un commandement hiérarchiquement et militairement institué. En outre, les individus

ainsi détachés reçoivent une solde correspondant à leur grade dans l'armée, et non un salaire proportionnel à leur travail. C'est là le critérium de leur état : du moment qu'on leur alloue une solde, c'est qu'on les tient pour militaires. L'établissement représente dès lors pour eux ce que le corps représente pour l'homme appelé dans les rangs des troupes : quand celui-ci y est, il est présent à son corps, et par là même il est présent sous les drapeaux.

Donc les militaires ainsi détachés dans les établissements de l'État sont des mobilisés au sens strict du mot. C'est la doctrine qu'admet l'Administration de la guerre. (Circulaire ministérielle du 25 juin 1915 (1), confirmée par celle du 15 octobre 1915 (2). Sans doute une circulaire ministérielle n'a pas d'autorité en dehors du domaine qui lui est dévolu. Mais, interprétant, en l'absence de texte en la matière, une question militaire, et émanant d'une personne qualifiée, elle tire de son origine une valeur d'indication très forte.)

B. — *Militaires détachés dans des Établissements Privés travaillant pour la Défense nationale*

En vertu du régime primitif, consacré par la circulaire du 25 juin 1915, ces militaires là aussi étaient considérés, malgré

(1) V. Dalloz, Guerre 1914, t. V, p. 111. Cette circulaire déclare expressément : § B « Ces ouvriers demeurent des militaires dans les mêmes conditions que leurs camarades affectés à des unités combattantes ». Sans doute en parlant ainsi, elle assimilait les militaires détachés dans les établissements de l'État et ceux détachés dans l'industrie privée. Or pour ceux-ci une circulaire ultérieure du 15 octobre 1915 (voir 2), rendue en application de la loi du 17 août 1915 (Dalloz, Guerre 1914, t. VI, p. 49) décide qu'ils ne sont plus des mobilisés au sens strict. Mais elle spécifie en même temps qu'il n'est rien changé à la condition des militaires affectés aux établissements de l'État (Dalloz, Guerre 1914, t. VII, p. 20-IV).

(2) V. Dalloz, Guerre 1914, t. VII, p. 20.

leur affectation en usine, comme mobilisés. Mais la loi du 17 août 1915 est venue instituer pour eux une organisation nouvelle. Elle déclare qu'ils seront placés dans les conditions et soumis aux obligations prévues par les paragraphes 3 et 6 de l'article 42 de la loi du 21 mars 1905 (art. 6, § 8). Or, si nous nous reportons à l'article 42 § 3 de la loi du 21 mars 1905, nous voyons qu'il s'agit là d'individus autorisés, à raison de leur emploi, à ne répondre à l'appel de la Mobilisation générale que dans un délai déterminé par le Ministre de la Guerre. A la différence de ceux visés au paragraphe précédent, ce ne sont pas des fonctionnaires ou agents de l'État, ce sont des ouvriers de l'industrie privée, dont le travail est nécessaire au bon fonctionnement des services de la Défense nationale. Ces individus obtiennent ainsi un délai pour rejoindre. Échappent-ils pour cela à la Mobilisation, et peut-on dire, du fait qu'ils ont un sursis, qu'ils ne sont pas mobilisés ?

Il nous semble que non. Sans doute ils bénéficient d'une remise ; sans doute ils ne sont pas présents à leur corps. Mais cela n'empêche pas que la Mobilisation les touche, puisqu'ils doivent rejoindre à l'expiration du délai fixé par le Ministre de la Guerre. Jusque-là ils jouissent d'une liberté relative analogue à celle dont profitent les militaires en congé. Or ceux-ci, pour être déchargés en partie des obligations que leur qualité leur impose, ne cessent pas pour autant d'être militaires. C'est pourquoi ils restent soumis à la juridiction du Conseil de guerre dans les termes de l'article 57 du Code de Justice Militaire, c'est-à-dire pour les infractions du Livre IV, Titre II, les crimes et les délits militaires.

Pour les militaires détachés dans les usines privées, l'article 6 § 8 de la loi du 17 août 1915 renvoyant à l'article 42 § 3 de la loi du 21 mars 1905, nous voyons par là dans

quelle situation se trouvent ces individus. Il est inexact de prétendre, comme nous l'avons vu écrit parfois, qu'ils ne sont plus mobilisés. Puisqu'ils demeurent sous le coup du Conseil de guerre et susceptibles de commettre des infractions militaires, c'est qu'ils appartiennent encore à l'Armée. Autrement, à quel titre seraient-ils justiciables dans ces conditions d'un tel tribunal ?

Certes leur situation n'est plus tout à fait celle d'un mobilisé ordinaire : ces individus ont quitté leur corps : ils en ont été détachés. En retour, ils sont bien affectés, dans l'intérêt de la Défense nationale, à l'établissement où ils sont employés. Seulement cette affectation ne les soumet pas à un régime militaire. A l'usine ils ne sont pas astreints à la discipline de l'Armée, mais à celle de l'établissement, telle qu'elle est fixée par les règlements d'atelier. C'est donc, intérieurement, une organisation civile qui les régit, et dans ce domaine c'est l'employeur qui a toute autorité sur eux. Celui-ci peut, en en faisant part au service du contrôle militaire, renvoyer l'ouvrier qui a lui-même une certaine faculté de demander à changer de maison. Aussi cette dernière ne constitue pas pour lui un corps, et, en y demeurant, il n'est pas présent sous les drapeaux. Ce qui le prouve encore, c'est que pour rémunérer ces hommes on ne leur alloue plus une solde, on leur paye un salaire, révélant ainsi qu'ils ne sont plus au service direct de l'État, mais de particuliers. En conséquence, si mobilisé signifie présent sous les drapeaux, ces militaires ne le sont plus. Cependant ce n'est qu'en prenant ce terme dans cette acception restrictive qu'on peut parler de la sorte. Au fond ces individus sont des mobilisés en congé.

C'est en ce sens que se décident les textes administratifs intervenus en la matière, notamment la Circulaire ministé-

rielle du 15 octobre 1915 (1) qui constitue la Charte des militaires détachés dans l'industrie privée. Cette circulaire montre nettement le caractère hybride de la situation qui est faite à ces ouvriers. A l'atelier, ils sont civils ; au dehors, ils sont soldats. C'est pourquoi, s'ils bénéficient de l'ensemble de la législation sociale et ouvrière, applicable d'une manière générale à l'industrie, ils n'en restent pas moins soumis à une dépendance que les travailleurs ordinaires ne connaissent point. Ils n'entrent pas en usine à leur gré : ils y sont affectés. Une fois détachés dans telle maison, ils ne peuvent la quitter d'eux-mêmes. S'ils s'absentent sans permission régulière, ils risquent de commettre un abandon de poste ou une désertion, tout comme des soldats (2). Et le Ministre conserve le droit,

(1) V. Dalloz 1916.4.76.

(2) Le 1er Conseil de guerre de Paris s'est prononcé en sens contraire le 24 janvier 1918 (V. *Le Matin* du 25) : « Attendu, dit-il, que les prévenus ont été placés en sursis d'appel par décision ministérielle ; que par suite, ils ont dû et doivent être rayés des contrôles ; que dès lors ils ont cessé d'appartenir à l'Armée, jusqu'au jour où une nouvelle décision ministérielle révoque leur mise en sursis pour les rappeler sous les drapeaux; que dans ces conditions, ils ne peuvent être poursuivis pour désertion. » Cette décision nous semble consacrer la confusion que précisément nous combattons ici. Sans doute le militaire détaché de son corps pour être affecté à un établissement privé travaillant pour la Défense nationale est en principe mis en sursis d'appel (V. à ce sujet la réponse du Ministre de la Guerre à M. le député Vidalon, *Journal Officiel* du 3 septembre 1915). De là il résulte qu'il est rayé des contrôles de son corps et, en conséquence, qu'il n'est plus présent sous les drapeaux. Sa position d'activité a pris fin (V. Cour de Lyon, 21 mars 1916. D. et 16.2.92). Mais s'en suit-il qu'il n'est plus mobilisé ? Le Conseil de guerre l'affirme : il a cessé d'appartenir à l'armée, dit-il. Peut-on le soutenir ? Le Ministre de la Guerre, chef de l'Armée, ne conserve-t-il pas toute autorité sur cet homme ; ne peut-il pas le changer d'usine, le rappeler à l'activité, le renvoyer en congé, selon les besoins des effectifs et ceux des fabrications ? Comme le déclare l'article 6 § 7 de la loi du 17 août 1915 (*Bull. Guerre* 1914, t. VI, p. 49), cet homme demeure à la disposition du Ministre. La Circulaire ministérielle du 15 octobre 1915 (*Bull. Guerre* 1914, t. VII, p. 20) précise même que ce dernier a autorité directe sur lui et peut, à tout moment,

tout comme à l'égard de soldats encore, de les changer de place s'il estime que leurs services seront mieux utilisés ailleurs, ou de les renvoyer à leur corps s'il pense ne plus avoir besoin d'eux. En somme, malgré leur affectation à un établissement privé, ils demeurent soumis à la discipline militaire, et, en conséquence, justiciables du Conseil de guerre. A quoi correspond tout cela, sinon à la position de sursis d'appel? C'est bien ainsi que l'administration l'entend également; le Ministre de la Guerre l'a reconnu (1). Il en résulte que ces individus ne peuvent pas être considérés comme présents sous les drapeaux. Le Ministre l'a déclaré pareillement (2).

l'employer dans la situation où il est susceptible d'être le mieux utilisé (V. § III.) Cela ne prouve-t-il pas que cet individu fait encore partie de l'Armée ? Pour avoir été rayé des contrôles de son corps, il ne l'a pas été de ceux de l'Armée. Dès lors s'il n'est plus présent sous les drapeaux, il n'en est pas moins mobilisé. Son envoi dans une usine constitue une affectation militaire. (Il en serait même ainsi si cet homme appartenait à une classe qui n'était encore que mobilisable. Son appel dans un établissement jouerait pour lui le rôle d'une mobilisation. V. art. 6, Loi 17 août 1915, § 1 et 8). Aussi si cet individu ne tombe plus sous le coup de l'article 56 du Code de Justice Militaire, parce qu'il n'est plus présent à son corps ni en activité de service, et s'il n'est plus justiciable du Conseil de guerre d'une façon générale, il en relève quand même encore pour les infractions proprement militaires, selon l'art. 57. C'est ce que déclarent formellement la loi du 17 août 1915, art. 6 § 8, — la Circulaire ministérielle du 15 octobre 1915, III, b, — la loi du 10 août 1917, art. 10 *in fine* (Dall. Guerre 1914, t. XIX-XX, p. 340), ces deux lois renvoyant à l'art. 42 § 6 de la loi du 21 mars 1905, lequel se réfère lui-même à l'art. 57 du Code de Justice Militaire. C'est donc oublier la réalité des choses et méconnaître les textes que prétendre, comme le premier Conseil de guerre de Paris, qu'un individu affecté à une usine ne peut, en l'abandonnant dans les conditions voulues, commettre une désertion parce qu'il est en sursis d'appel. C'est confondre les deux expressions présent sous les drapeaux et mobilisé.

Le résultat auquel on aboutit ainsi est dur sans doute, et inopportun à l'égard d'un homme à qui l'on a laissé croire qu'on lui rendait sa condition civile. Mais les lois en vigueur l'imposent.

(1) V. Réponse du Ministre de la Guerre à M. le député Vidalon au *Journal Officiel* du 3 septembre 1915.

(2) V. précédente réponse.

C'est en ce sens aussi que se prononce la jurisprudence. Elle se refuse à tenir pour mobilisés au sens strict du mot les ouvriers affectés en usine. Par suite, elle ne les admet pas au bénéfice des avantages que la loi accorde aux citoyens présents sous les drapeaux (1). Leur position d'activité a pris fin, décide-t-elle, au jour de leur renvoi dans leurs foyers. Or, au sens légal du mot, ne sont présents sous les drapeaux que les hommes en position d'activité.

S'ils ne sont pas en activité de service, dans quelle position se trouvent-ils au point de vue militaire ? Nous n'en voyons qu'une : la position du congé, — congé dont la durée, à raison du motif qui le leur a fait accorder, n'a pas été fixée à l'avance et demeure illimitée. C'est précisément la solution que donne la Circulaire Ministérielle du 15 octobre 1915 que nous avons commentée plus haut (2).

Ainsi donc les textes et la jurisprudence s'accordent pour venir corroborer les conclusions auxquelles l'examen des faits nous avait conduit. Si le militaire détaché de son corps pour être affecté à un établissement privé ne cesse pas pour cela d'être mobilisé, il cesse d'être présent sous les drapeaux. Soutenir le contraire comme l'avait fait la Circulaire Ministérielle du 25 juin 1915 (3), c'est consacrer une fiction : l'ouvrier renvoyé de son unité de façon permanente, pour travailler en usine, n'est plus présent à son corps. Il ne pourrait

(1) V. en ce sens Lyon, 21 mars 1916, *Gaz. des Trib.*, 1er juin 1916. D. 1916.2.92. — Besançon, 29 mars 1916. *Gaz. des Trib.*, 1er juin 1916. *Journal des Ass.*, 1916, p. 244. — Paris, 24 mai 1916. *Gaz. des Trib.*, 1er novembre 1916.—Tirbunal de Commerce de la Seine, 13 juin 1916. *Journal des Ass.*, 1916, p. 459.— Bordeaux, 13 décembre 1916. *Le Droit*, 13 juin 1917.— *Adde* Trib. de la Seine, 6 janvier 1917. *Gaz. des Trib.*, 11 février 1917. — Cour de Bordeaux, 6 février 1918. *Rec. Gaz. des Trib.*, 1918.2.159. — Cass. Civ. 11 juin 1918. D. 1918.1.33.

(2) V. p. 20-21.

(3) V. Dalloz, Guerre 1914, t. V, p. 111.

être consideré comme y demeurant que si son detachement était, par essence même, temporaire, et destiné à ne durer qu'un temps limitativement déterminé (1). Hors de là, la réalité s'impose (2).

(1) V. Wahl, *op. cit.*, t. 1, N° 38, p. 56-57, et N° 56, p. 75.

(2) L'examen de la condition qui est faite aux militaires affectés aux établissements privés, peut encore venir à l'appui de l'opinion que nous soutenons ici. C'est un point qu'a étudié le jugement du Tribunal de la Seine du 6 janvier 1917 (*Gaz. des Trib.* du 11 février 1917) que nous avons déjà cité. Cette décision déclare que ces individus ont une double qualité : ils sont militaires vis-à-vis de l'État qui les a mobilisés, et ouvriers vis-à-vis du patron qui les emploie. De là elle croit pouvoir conclure que leurs rapports avec le chef de l'établissement doivent être régis par le droit commun du contrat de travail.

Solution favorable aux travailleurs, et que nous approuverions aussitôt à raison de son équité, si elle ne nous semblait pas soulever des objections. Y a-t-il bien, entre le patron et l'ouvrier militarisé, un véritable contrat de travail ? Le tribunal de la Seine invoque la Circulaire Ministérielle du 15 octobre 1915 (Dalloz, Guerre 1914, t. VII, p. 20) qui proclame que ces hommes bénéficient de l'ensemble de la législation sociale et ouvrière applicable d'une façon générale à l'industrie. Oui. Mais une Circulaire du même Ministère en date du 25 juin 1915 (Dalloz, Guerre 1914, t. V, p. 11) avait déclaré que ces hommes, bien que détachés en usine, continuaient à être présents à leur corps. C'était inexact, et quelques mois plus tard, à la suite de la loi du 17 août 1915, on dut établir un régime nouveau. Cela montre que l'argument tiré de la circulaire d'octobre 1915 n'a rien de péremptoire.

Si l'ouvrier bénéficie de la législation sociale, c'est en vertu d'une concession qui lui en est faite, concession qui réalise un heureux équilibre entre la situation de l'employé et celle du patron, et met à la charge de l'individu qui profite du travail les obligations que celui-ci entraîne généralement. C'est en partant de cette même dernière idée que l'on a reconnu à l'ouvrier le droit à un salaire, et non plus seulement à une solde. Mais de cette concession et de ce droit (qui, au point de vue social, à raison des inégalités et des injustices qu'ils créent, ont un résultat moins heureux, — si on avait envisagé, avant de l'appliquer, les conséquences du régime que l'on organisait, on aurait été amené à rechercher, pour les fabrications de guerre, un autre mode de marchés) on ne peut déduire qu'il y a contrat de travail ordinaire.

Comment faire abstraction de la qualité militaire de cet individu, du droit qu'a l'État de le retirer de l'établissement quand il le veut, pour l'affecter à un autre, de l'impossibilité pour l'ouvrier de délaisser l'atelier

CONCLUSION

Appelés aux Armées, soit dans les rangs des combattants, soit dans des emplois auxiliaires, soit dans des postes de l'intérieur, maintenus dans leurs fonctions antérieures, mobilisés sur place, affectés à des établissements de l'État, ou à l'industrie privée, telles sont les diverses catégories qu'établit

sans une permission de l'autorité militaire, sous peine de commettre un abandon de poste, de son impossibilité, sans la même permission, de s'absenter, sous peine de se rendre déserteur ? D'autre part, sauf cas exceptionnel, le patron ne choisit pas le travailleur : il lui est envoyé. La liberté n'existant plus pour aucune des deux parties, il n'y a pas contrat ordinaire, lequel réserve à chacune d'elles la faculté de résilier le pacte à son gré (art. 1780, C. civ.).

En réalité, comme le déclare la Circulaire du 15 octobre 1915, l'ouvrier est affecté à l'usine dans l'intérêt de la Défense nationale. Toute sa situation se ressent de cette affectation à caractère militaire. Même à l'usine, et non seulement au dehors, même dans ses rapports avec l'employeur, il a quelque chose du soldat et subit en une certaine mesure la sujétion qui s'impose à celui-ci. C'est l'État qui reste son véritable chef ; le patron n'est qu'un intermédiaire : en retour de la main-d'œuvre qu'on lui fournit on le soumet à l'obligation de pourvoir, sous forme de salaire, à l'entretien de l'individu qui le lui apporte, et dont l'État assurait auparavant la subsistance. Dans ces conditions, il nous semble osé de parler ici de contrat de travail, et même d'un contrat quelconque. Le tribunal de la Seine a été inspiré, sans doute, du désir d'établir un équilibre, à peu près égal, entre la condition de l'ouvrier et celle du patron. C'est un souci louable et que nous approuvons, pourvu qu'on ne le base pas sur l'idée de contrat. On aurait pu aboutir au même résultat en faisant reposer cette solution sur la concession qui a été faite à ces ouvriers, de la législation sociale et des prescriptions d'usage. (V. à ce sujet : Observations dans *Gazette des Tribunaux* sous jugement de la Seine. V. aussi Demogue, *Revue Droit civil*, 1916, p. 533. *Ibid.*, *Revue*, 1917, p. 439).

Tout ceci nous montre, et c'est ce qui nous intéresse ici, que le militaire détaché en usine est bien un mobilisé. Cf. Wahl, *Le Droit civil et commercial de la guerre*, t. III, N° 1841-1842, p. 4-7, où l'auteur conclut

la Mobilisation parmi les citoyens qu'elle atteint. Pour nous, nous l'avons vu, tous, par cela même qu'ils ont été touchés par l'appel général, doivent être tenus pour mobilisés : mais certains seulement remplissent les conditions supplémentaires voulues pour être qualifiés présents sous les drapeaux. A ceux-là seuls, en conséquence, s'appliqueront les mesures particulières que le législateur a édictées en faveur des individus amenés par la guerre dans les différents services de l'armée.

Nous savons maintenant ce qu'il faut entendre par le terme mobilisé. Au fond, sa signification précise, réelle, nous est fournie par le langage courant, qui, avec ce bon sens simple et dépourvu de toute subtilité comme de toute fiction qui le caractérise, nous enseigne que le mobilisé est l'homme appelé, par ordre général ou individuel, à l'Armée mise sur pied de guerre. C'est dans cette acception que le législateur prend le mot quand il en use[1] : c'est donc elle qui doit prévaloir dans le domaine du droit. L'expression plus étroite et plus restreinte de présent sous les drapeaux dont les textes légaux et réglementaires préfèrent se servir pour désigner les mobilisés, nous le montre.

Pourquoi donc, pourrait-on dire alors, donner aux militaires qui se trouvent dans cette condition l'appellation gé-

qu'il n'y a pas louage de services pour l'ouvrier non mis en sursis d'appel : ce travailleur reste un soldat. V. aussi *Ibid.*, N° 1849, p. 13. (Si le mobilisé était mis en sursis avant d'être affecté à l'établissement, il ferait avec le patron un louage de services, quoique ce dernier n'ait pas sur lui l'autorité d'un chef d'entreprise ordinaire.) *Adde* en ce sens, Paris 30 avril 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1918.2.309. — V. encore Cass. Civ. 15 juillet 1918 (D. 1918.1.54) qui déclare qu'il y a contrat de travail, et ce par application des principes de la stipulation pour autrui. (Solution très contestable, il nous semble, à raison du peu de liberté dont dispose en fait l'ouvrier pour accepter ou refuser l'engagement — il est affecté d'autorité à l'établissement — et de la possibilité pour l'Etat de le retirer de celui-ci quand il le veut, — ce qui est contraire

nérale de mobilisés, puisqu'elle ne correspond pas à l'exacte réalité, et est trop large ? C'est une raison d'ordre pratique qui nous guide. La coutume a fait admettre cette dénomination précisément avec la portée qui est celle de la loi ; la jurisprudence, suivant l'usage, l'emploie d'une façon courante, quitte à la discuter ensuite et à voir ce qu'elle représente au juste. Dès lors n'est-il pas préferable de se conformer aux mœurs et aux habitudes journalières ?

***

Il nous était indispensable, avant d'entamer cette étude du sort que la guerre a fait à la femme de l'individu appelé aux Armées, de préciser ce qu'est un mobilisé et de voir qui l'est véritablement. La situation de l'homme étant définie, nous allons examiner maintenant l'influence qu'elle a sur l'état de la femme à lui unie.

APPENDICE

LA MOBILISATION ET LE MARIAGE

Cependant, préalablement à ces questions, il est encore un point dont nous voudrions dire quelques mots. C'est de la

à l'art. 1121 *in fine*. En outre il faudrait supposer qu'il y a eu en même temps promesse pour autrui de la part de l'Etat relativement au travail de l'ouvrier ; or l'art. 1119 la défend ; au reste, et en présumant un porte-fort, cela supprimerait l'indépendance nécessaire du travailleur. Enfin si la stipulation pour autrui peut faire naître un droit au profit du tiers bénéficiaire, elle ne saurait rendre ce dernier partie dans un contrat.

répercussion que peut avoir la Mobilisation sur le Mariage et l'existence commune des époux.

Appelé aux Armées, le mari est obligé de quitter sa femme et son foyer. Une séparation se produit entre les époux. Séparation qui ne relève en rien du domaine du droit, puisqu'elle n'est le résultat d'aucune prescription légale ou judiciaire, et que nous qualifierions volontiers de séparation de fait si cette appellation n'était d'ordinaire réservée à une situation différente de celle qui nous occupe en ce moment. A la base, en effet, de la séparation, il y a, en général, un élément de volonté, soit de l'une soit de l'autre des parties, qui fait défaut ici. La dissociation que les événements imposent aux époux n'est de l'intention d'aucun d'eux : ils la subissent, et ne la provoquent pas. Aussi n'a-t-elle aucune influence sur le lien du mariage, lien de droit, qui ne peut être rompu que dans des cas expressément fixés.

Mais il en est autrement pour l'existence commune que mènent les conjoints : le départ du mari la rompt. C'est là un fait que ni lui ni sa compagne ne peuvent empêcher : la séparation l'entraine nécessairement. On ne saurait prétendre le contraire sans recourir à une fiction. Comment soutenir que ces deux êtres éloignés l'un de l'autre par les circonstances continuent comme jadis à vivre en commun ? Ce qui l'a fait croire, c'est une confusion, dont il faut bien se garder. En vérité, il y a quelque chose qui subsiste malgré l'absence du mari : quelque chose de complexe, composé à la fois d'éléments matériels et idéaux ; ce quelque chose que l'on nomme le Ménage. C'est son caractère d'entité qui lui permet de demeurer : il est la conséquence du mariage, sa réalisation, et suit le même sort que lui.

Qu'est-ce que le ménage ? C'est, pour ainsi dire, le siège social de l'Association conjugale, la concentration en un

même lieu, en exécution du pacte d'union et pour la consommation de celle-ci, des existences, des intérêts et des espoirs des époux. Il se manifeste par la vie commune ; mais celle-ci ne constitue pas à elle seule le ménage : elle n'en est qu'un des éléments. A côté il y en a d'autres, par exemple, la réunion en cet endroit des intérêts des conjoints. Des intérêts d'affection, cela est évident, puisque c'est là qu'est leur foyer et que se trouvent leurs enfants. De leurs intérêts pécuniaires aussi : la plupart du temps, c'est là que sera le domicile des époux, car c'est là que sera leur principal établissement. Parfois, sans doute, il en sera différemment, cependant il n'empêche qu'au centre du ménage seront toujours rassemblés certains biens : ceux que le mari met à la disposition de sa femme pour pourvoir aux besoins de la vie, ceux que la femme a apportés en dot à son mari. Enfin ce qui caractérise surtout le ménage, c'est la coopération à une œuvre commune qu'il implique entre les conjoints. C'en est peut-être là l'élément essentiel. Par le fait même qu'il y a ménage, il y a collaboration nécessaire des époux, union pour un même but : la réalisation du mariage. Assurer leur existence, l'entretien de leur foyer et de leurs enfants, l'avenir de ceux-ci comme d'eux-mêmes, telle est la triple tâche pour laquelle, ils se prêteront mutuellement aide et assistance. Peu importe la façon dont cette collaboration s'opère ; d'une façon pécuniaire, par les apports d'argent qu'ils se font l'un à l'autre ; d'une façon personnelle, par le travail et le concours que chacun d'eux fournit à son associé : façons qui d'ailleurs s'adjoignent le plus souvent et se cumulent.

Que cette collaboration vienne à cesser, et le ménage s'effondrera : c'est ce qui se produit au cas de séparation de fait. En une telle hypothèse ce n'est pas seulement la vie commune qui disparaît, c'est le ménage aussi : car à l'élément

de fait — la dissociation des existences — s'ajoute un élément intentionnel conforme — la volonté chez l'un ou chez l'autre de ne plus partager l'existence de son conjoint. Mais cet élément de fait peut se réaliser seul : ainsi, au cas où le mari, par les nécessités de ses affaires, de ses fonctions, demeure des mois, des années peut-être, éloigné de sa femme. Le ménage n'en subsiste pas moins, parce que, malgré leur séparation, ses membres ont la volonté de maintenir leur coopération. Dira-t-on, à cause de cela, que la vie commune persiste aussi, alors que les époux sont peut-être à des centaines de kilomètres l'un de l'autre, et ce d'une manière permanente ou tout au moins continue ? Non. Ce serait une fiction.

Or c'est précisément une situation de ce genre que crée la Mobilisation. Enlevant le mari à sa femme, elle amène une séparation entre les conjoints ; les écartant l'un de l'autre, elle les empêche de poursuivre leur existence d'autrefois : l'unité qui caractérisait celle-ci est rompue : chacun a désormais une vie propre et indépendante. Aussi on ne saurait soutenir que la Mobilisation n'exerce pas d'influence sur l'existence commune des époux ; bien au contraire elle la brise, ou mieux la suspend (1). Seulement ce résultat n'est l'œuvre de la volonté d'aucun d'eux : il leur a été imposé, et ne provient en rien de leur fait personnel. Leur intention est toute différente de ce qu'il consacre : unis par le mariage, ils ne songeaient point à se quitter ; séparés, ils ne pensent pas davantage à renier leur parole, loin de là : tous deux ont même désir : se rejoindre. C'est ce vouloir persistant, ce vœu de renouer la collaboration arrêtée ou tout au moins entravée par les événements qui fait que leur ménage demeure intact.

(1) En ce sens WAHL, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1915, p. 665.

Nous voyons ainsi que la Mobilisation du mari a une répercussion fatale sur les relations des conjoints : simple fait, elle ne produit qu'une conséquence de fait, mais elle la produit certainement : elle interrompt leur vie commune. Ne découlant en quoi que ce soit de leur volonté, elle ne rejaillit aucunement sur leur condition juridique : ils restent époux, et, par suite, le mariage qu'ils ont fondé continue sa destinée.

PREMIÈRE PARTIE

LA FEMME DANS LA FAMILLE

PRINCIPES

Envisagée au point de vue de sa situation dans la famille, la femme nous apparaît sous un double aspect. L'un est le résultat de son mariage même; l'autre est la conséquence de la consommation de celui-ci.

Par son mariage la femme a acquis une qualité nouvelle. De femme qu'elle était simplement avant de s'engager dans les liens conjugaux, elle est devenue épouse. Ce n'est pas là qu'une question de nom. La modification de son appellation coutumière répond à une modification de sa condition juridique. C'est cette dernière évolution que veut marquer ce changement de titre. Le jour de son convol la femme commence une vie juridique et sociale différente de celle qu'elle a menée jusque-là.

A cette transformation qui s'accomplit ainsi nécessairement en elle peut venir s'en ajouter une autre. Au cours de l'union son mari aura la faculté de lui conférer une seconde qualité nouvelle et de la rendre mère.

Épouse et mère, tels sont les deux rôles que la femme est susceptible de tenir dans la famille. En vérité elle a d'autres attributions que celles que lui reconnaissait jadis la Très Ancienne Coutume de Bretagne : « Famme si doit garder l'ostel et le fou et les enffanz » (1). La femme n'en est plus uniquement réduite à ces modestes fonctions domestiques. Néanmoins le pittoresque langage de nos aïeux concrétise bien ses occupations primordiales, celles qui lui incombent au premier chef, soit en tant qu'épouse, soit en tant que mère : elle doit assurer la bonne tenue de l'intérieur conjugal : elle doit veiller à l'entretien et à l'éducation des enfants. Les obligations qui s'imposaient à elle au XIVe siècle, et qui lui sont imparties depuis l'époque où les mœurs ont fait d'elle la compagne de l'homme et non plus son esclave ou sa courtisane, sont encore aujourd'hui celles qui lui sont assignées de prime-abord. C'est la nature qui la destine à cette double tâche : rien d'étonnant dès lors que celle-ci se retrouve semblable aux diverses époques de la Civilisation.

Pourtant si ce rôle lui est dévolu ainsi depuis des siècles, il ne lui a pas toujours donné un état identique : il ne lui a pas toujours fourni les mêmes droits, ni infligé les mêmes charges. Celles-ci comme ceux-là ont varié à travers les âges, se modifiant en même temps que se transformaient les usages et l'esprit public, suivant petit à petit la loi du progrès général ; et se modelant sur eux, la condition de la femme a évolué lentement. Peu à peu l'épouse-mère a vu son pouvoir dans le ménage se développer, son infériorité vis-à-vis de l'être qu'on lui propose comme conjoint et dont on faisait son maître, diminuer. Son sort s'est relevé, et sa personna-

(1) V. art. 314, sur Planiol, La Très Ancienne Coutume de Bretagne, Rennes, 1896, p. 291.

lité a, dans la famille, reçu plus de considération et pris plus d'importance.

Le Code Civil, au début du XIXe siècle, a consacré les résultats de cette longue évolution. Il a accordé place à la femme dans l'intérieur conjugal ; il lui a donné voix au chapitre familial ; seulement quelle place et quelle voix. Celle d'une mineure ! Il la soumet à l'obéissance envers son mari ; il l'oblige à le suivre partout où il juge à propos de résider ; et il la prive, en sa présence, de presque tous droits à l'égard de leurs enfants communs.

La femme est émancipée par le mariage, mais c'est pour tomber en puissance !

Loin, en unissant son existence à celle d'un homme, de conquérir sa liberté, elle l'aliène ; loin d'améliorer sa condition, elle l'empire, au point de vue juridique tout au moins. Ces deux qualités qu'elle enviait, épouse et mère, dans l'espoir d'en rehausser sa situation, la placeront, une fois acquises, dans une dépendance sans prestige, parfois douloureuse, parfois humiliante. Elle rêvait d'être maîtresse d'un foyer, et voilà que toute son autorité, dans cet intérieur auquel elle a sacrifié sa vie, et qui devait lui assurer le bonheur, se réduit à peu près au misérable prestige d'une gouvernante.

Et alors que d'autres parties du Code ont cédé, devant les assauts qui leur étaient livrés, celle-ci, celle qui concerne la condition de la femme dans la famille, a à peu près intégralement résisté. Pourtant ce ne sont pas les attaques qui ont manqué, ni les plaintes ni les larmes, ni les souffrances ni les scandales. Mais c'est que l'on se trouvait ici sur un terrain essentiellement délicat où la défense était facile. Toucher à la famille, c'est toucher à l'édifice social, et beaucoup craignent qu'en remaniant de façon plus équitable et plus juste l'aménagement intérieur, on n'ébranle toute la

massive construction des siècles, et qu'on n'aboutisse à la faire croûler sans merci... D'autre part, demander l'amélioration de la condition de l'épouse et de la mère, c'était demander à l'homme, seul législateur encore, de se dépouiller de ses propres prérogatives. Peut-on espérer qu'un possédant s'expropriera de lui-même avec empressement et plaisir ?

Aussi les partisans du *statu quo* eurent-ils beau jeu pour repousser les réformes sollicitées. Et ce ne fut que vers la fin du XIXeme siècle et au début du XXeme que des lois sont venues réparer un peu, à l'égard de la femme, les injustices du Code (1).

Cependant ce que les textes n'avaient pas fait, les mœurs l'avaient imposé. Le progrès des idées d'équité et d'égalité avait amené la jurisprudence à atténuer la dureté du Code, à prendre en considération, dans un conflit mettant aux prises le mari et son épouse, les intérêts légitimes de celle-ci, et à lui assurer un régime moins rigoureux et moins sévère. Ce furent les circonstances qui conduisirent les Tribunaux à s'engager dans cette voie prétorienne. Les événements nouveaux, aussi inattendus que déplorables, que la guerre a

(1) Nous ne citerons que les principales pour mémoire. Ce furent successivement : La loi du 27 juillet 1884, modifiant l'article 230 du Code Civil, et accordant à la femme le droit absolu au divorce pour cause d'adultère de son mari.—La loi du 9 mars 1891, commune au mari et à la femme, mais spécialement intéressante pour celle-ci, à raison du droit d'usufruit qu'elle lui confère sur la succession de son conjoint prédécédé, pour lui permettre de continuer autant que possible la vie d'autrefois. Art. 205 et 767 du C. Civ. — La loi du 6 février 1893 rendant à femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile. Art. 311 du C. Civ.—La loi du 7 décembre 1897 accordant aux femmes le droit d'être témoins dans les actes instrumentaires.—La loi du 13 juillet 1907 donnant à la femme la libre disposition de son salaire et la faculté de faire contribuer son mari aux charges du ménage.

engendrés allaient-ils laisser législateurs et juges indifférents? Leur cruauté même et leur injustice ne soulèveraient-elles pas la pitié des uns et des autres ? C'est ce que nous nous proposons d'examiner en étudiant la condition de la femme du mobilisé dans son double rôle d'épouse et de mère.

TITRE PREMIER

L'ÉPOUSE

> Le citoyen doit lutter pour son droit,... car... il combat alors pour le Droit.
>
> EDMOND PICARD, *Le Droit Pur*, p. 213-214.

SA CONDITION NORMALE ET L'INFLUENCE DE LA GUERRE

La condition de la femme dans la famille, en tant qu'épouse, est réglementée par les articles 212-213 et 214 du Code civil.

La femme doit fidélité, secours et assistance à son mari ; elle est tenue de lui obéir, d'habiter avec lui, et de le suivre partout où il juge à propos de résider. A ces obligations, les unes faciles à remplir, les autres pesantes à supporter, correspondent des droits. Bien qu'en principe il subordonne l'épouse à son conjoint et l'astreigne à se soumettre à lui, le Code ne la met cependant pas à son entière discrétion, et ne la laisse pas totalement désarmée vis-à-vis de lui. Le mari est son maître, sans doute. Mais c'est un maître qui ne peut pas se comporter en souverain, et qui ne dispose pas de toutes prérogatives. Son autorité reçoit des bornes et sa prééminence des limites. Maître, il ne sera pas seigneur, et

n'aura pas la faculté d'agir avec sa femme comme bon lui semblera. Il n'a droit à son obéissance que pour assurer sa protection, et s'il peut exiger sa fidélité, c'est en retour de celle qu'il lui doit. De même, s'il lui est loisible de réclamer son secours et son assistance, c'est à charge de lui procurer pareil bénéfice. En outre, dépassant tout cela, le Code lui assigne un devoir plus large et plus concret : à la soumission qu'il lui est permis de demander à sa femme, il lui faut répondre par l'aide la plus absolue : il doit, dit le législateur (art. 214 C. Civ.), la recevoir chez lui et lui fournir tout ce qui est nécessaire pour vivre. Il a ainsi mission de pourvoir à son entretien et de la munir de tous moyens d'existence. De par la loi, il est obligé de lui donner le logement, le couvert, et tout ce dont elle a besoin pour mener une vie conforme à son état.

Le Code a donc essayé d'établir dans le ménage un système d'harmonie : aux pouvoirs du chef correspondent des obligations, comme aux devoirs de la subordonnée correspondent des droits.

Cette tentative d'équilibre assure à l'épouse une condition moyenne : associée à l'existence de son mari, elle n'est pas l'égale de celui-ci, mais elle n'est pas non plus sa sujette ; attachée à un homme par les liens du mariage, elle lui est soumise, certes, mais elle n'est pas abandonnée à son entière disposition : elle a une situation inférieure, trop inférieure, mais non démunie de toute protection légale. Hélas, elle n'est pas à l'abri de l'arbitraire, car les pouvoirs du mari n'ont pas pu être exactement délimités. Le domaine qui leur est laissé est suffisamment large pour rendre des abus possibles. Cependant il n'est pas dépourvu de frontières ; et si son conjoint les outrepasse, la femme a liberté d'élever la voix et de réclamer le respect de sa personnalité.

Telle est la condition habituelle de l'épouse.

Vienne la Mobilisation, et le mari est enlevé d'un coup au foyer. Le voilà séparé de sa femme, et retenu loin d'elle pour un temps dont on ne sait à l'avance le terme.

Pourtant, bien que soustrait au logis et écarté de sa compagne, il n'en reste pas moins maître et mari. Comme nous l'avons vu précédemment, le mariage demeure intact. Sans doute, le ménage est bouleversé, et ses conditions ordinaires de fonctionnement sont changées. Sans doute, son chef va, par suite de son départ, éprouver des ennuis, parfois sérieux, pour remplir sa mission et exercer son autorité ; sans doute ses obligations seront rendues pour lui plus lourdes, et plus difficiles à exécuter. En fait, le ménage, impliquant la vie commune, est désorganisé ; mais, nonobstant toutes ces perturbations et modifications, le mariage n'en subsiste pas moins. En droit, la situation respective des époux continue identique ; le lien conjugal n'est pas rompu, ni même relâché : il reste ce qu'il était auparavant, et impose toujours à chacun des conjoints les devoirs qu'il leur prescrivait par le passé. Fidelité, secours, assistance sont encore là tels qu'ils étaient la veille, avec toutes leurs charges et nécessités. La femme est toujours soumise à l'obéissance, comme le mari est toujours tenu de son entretien. Leurs rapports juridiques sont ceux qu'implique leur condition d'époux et que réglemente le Code. La guerre, pour atteindre profondément le mari mobilisé, ne le libère d'aucune des obligations que le mariage lui assigne, pas plus qu'elle ne le prive d'aucun des droits qu'il lui confère ; et sa femme, bien touchée elle aussi par le conflit, quoique d'une autre façon, comme nous l'allons voir, conserve également tout son état antérieur.

Cependant si l'institution fondamentale du mariage demeure insensible devant les événements que la vie vient ainsi

soulever inopinément, cette vie elle-même ne pouvait pas y rester indifférente. Comment, en effet, ces deux époux vont-ils, dans les conditions nouvelles qui leur sont faites, tenir leurs promesses et s'acquitter de leurs charges ? Ils le doivent, mais le pourront-ils ?

Pour la femme, la situation ne sera pas encore trop gênante. Son rôle consiste surtout dans une passivité respectueuse : ses devoirs envers son mari sont des devoirs qui ont un caractère plus négatif que positif : être obéissante et fidèle, cela se résout en somme à *ne pas* manquer à l'obéissance promise et à *ne pas* commettre d'infidélité. Pour remplir ses obligations il lui suffit, ou à peu près — réserve faite de son rôle possible dans le ménage et de son rôle de mère — il lui suffit de ne pas faire. Sans doute son mari a le droit de réclamer d'elle l'exécution de son devoir de secours, en cas de besoin. Seulement c'est là une obligation accessoire, secondaire, qui est dominée durant la vie commune par l'obligation de l'époux de pourvoir à l'entretien de sa compagne.

Normalement c'est au mari à nourrir sa femme, et non pas à celle-ci à fournir la subsistance à celui-là. Certes l'exécution de cette charge pourra lui être facilitée par les conventions matrimoniales qui lui auront attribué la jouissance de tout ou partie des biens de son associée. Mais, durant la vie commune, il ne saurait invoquer, pour s'en abstenir, ce devoir de secours — sauf, bien entendu, aux cas où il serait dans l'impossibilité absolue de pourvoir à ses besoins : ainsi au cas de maladie, d'infirmité. Pour lui son obligation de subvenir à l'entretien de sa femme est supérieure à son droit au secours.

Subvenir à l'entretien de sa femme, c'est là pour le mari une obligation active : il ne peut se contenter de ne pas faire ; il doit faire, il doit fournir à sa compagne le gîte, le couvert,

le vêtement. Comment, une fois embrigadé dans les rangs de l'Armée, pourra-t-il pourvoir à tout cela ?

De tous ses devoirs envers sa femme, c'est bien celui-là — l'entretien — qui lui est le plus lourd. C'est une tâche dont il s'accommodait généralement sans trop de peine en temps ordinaire, alors que son activité lui procurait les ressources nécessaires. Mais aujourd'hui que les événements l'ont privé de ces revenus, de quelle façon s'en acquittera-t-il ?

Prévoyant le changement que son appel sous les drapeaux allait apporter dans sa situation pécuniaire et la gêne à laquelle la Mobilisation allait probablement le réduire, le législateur est intervenu. Mû par une pensée toute d'équité et de justice, il a voulu aider ceux qui, du fait de leur passage sous les armes, se trouveraient dans le besoin.

C'est ainsi qu'il a décidé, par des décrets successifs, rendus en application de la loi du 5 août 1914, art. 2, que les citoyens présents sous les drapeaux jouiraient de plein droit de délais pour le paiement de leurs loyers (1).

En vertu de ces dispositions renouvelées tous les trois mois, des termes furent accordés aux mobilisés, les dispensant provisoirement d'acquitter le montant des loyers qui arrivent à échéance. C'est à raison de l'impossibilité manifeste de payer à laquelle la guerre condamnait bon nombre de mobilisés que l'autorité vint à leur secours. Elle le fit de façon détournée. Sans leur accorder aucunement remise de dette pour les sommes que les circonstances les empêchaient de solder, sans préjuger en rien du sort définitif de celles-ci, elle a prorogé, au fur et à mesure que les hostilités se prolongeaient, la date de leur exigibilité. En même temps, elle prorogeait

(1) Le premier de ces décrets remonte au 14 août 1914 (*Journ. Off.* du 15. Dall. Guerre 1914, t. I, p. 80) et le dernier date du 29 décembre 1917 (*Journ. off.* du 31).

chaque fois d'une égale période les baux arrivant à expiration mettant ainsi le mobilisé à l'abri de tout souci quant au logement des siens.

Mais les mois s'ajoutant aux mois et les échéances aux échéances, les sommes en retard s'accumulaient, pour le plus grand tort du mobilisé et le plus grand préjudice du propriétaire. Cette situation provisoire ne pouvait plus durer ; l'opinion publique, tiraillée en sens divers, réclamait une réforme ; le pouvoir législatif, gagné par les bruits de la rue, pressait aussi le gouvernement de mettre fin à cette indécision et à cette incertitude ; sollicité ainsi, l'exécutif déposa un projet de loi (1) réglementant la matière. Après de nombreuses discussions, de longs débats, et de multiples modifications, la question est de nouveau soumise aux délibérations de la Chambre (2). Nous ne faisons que la signaler ici pour mémoire. Comme elle vise d'autres individus en même temps que les mobilisés, et que, se référant à ces derniers, elle protège ceux qui sont mariés et ceux qui ne le sont pas, elle sort du cadre de notre sujet.

Sans doute si ces décrets sont venus proroger les échéances et si ce projet de loi est venu demander une remise de dette, ce fut pour permettre au mobilisé de loger sa femme et ses enfants durant son absence et de satisfaire ainsi à l'une des obligations que le Code met à sa charge. Seulement la femme ne profite de ces dispositions qu'indirectement et parce que mariée. Que si elle ne l'était point, et était célibataire ou divorcée, elle participerait au bénéfice de ces textes comme toutes autres personnes qui y ont droit. Ce ne sont pas là

(1) Projet déposé le 8 juillet 1915, *J. Off.*, 1915. Doc. parl., Chambre, p. 737. Cf. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1915, p. 726, 1916, p. 289.

(2) Ce projet est devenu la loi du 9 mars 1918, *J. Off.*, du 12. Les circonstances ont d'ailleurs obligé d'en différer l'application générale.

des mesures qui la concernent personnellement et exclusivement. Aussi nous ne nous y appesantirons pas.

Nous agirons de même à l'égard d'une seconde mesure qui a été prise pour aider le mobilisé à satisfaire à un autre de ses devoirs : celui de nourrir sa femme et ses enfants.

Le mari doit, outre le logement, fournir à sa compagne, ainsi qu'à ses enfants, tout ce qui est nécessaire pour vivre (art. 214, C. Civ.). Appelé à l'Armée, ne recevant pour toute rémunération que sa solde, le mobilisé peut, s'il est non gradé ou d'un grade subalterne, ne pas avoir de quoi pourvoir à l'entretien de sa famille. Pour le suppléer dans ce rôle, ou tout au moins pour l'y assister, l'État est intervenu. La loi du 5 août 1914 spécifie que les familles des militaires des Armées de terre et de Mer, appelés ou rappelés sous les drapeaux, et qui remplissaient précédemment la charge de soutiens indispensables de famille, auraient droit sur leur demande à une allocation journalière de 1 f^r^. 25 (portée à 1 fr. 50 par la loi du 4 août 1917 (1), et à 1 fr. 75 par celle du 15 novembre 1918), augmentée d'autant de majorations de 0 fr. 50 (portées à 0 fr. 75 par la loi du 31 mars 1917 (2), à 1 franc par celle du 4 août 1917 (3), et à 1 fr. 25 et 1 fr. 50 par celle du 15 novembre 1918), qu'elle compterait d'enfants âgés de moins de 16 ans. C'est une simple idée d'équité et de justice qui a motivé ce texte. On s'est aisément rendu compte que les circonstances allaient mettre ce mobilisé dans l'impossibilité de remplir son obligation. L'État qui a pris cet homme à son service, et l'a ainsi forcé de quitter son travail rémunérateur, devait lui faciliter sa mission familiale ; aussi il s'est engagé à fournir à toutes les personnes dont le mobilisé

(1) V. Dalloz, Guerre 1914, *Documents officiels*, t. XIX-XX, p. 315.
(2) V. Dal., Guerre 1914, t. XVII, p. 202.
(3) V. Dal., Guerre 1914, t. XIX-XX, p. 315.

assurait réellement l'entretien, un minimum de ressources.

Pour que cette allocation puisse être accordée, il faut que l'individu indiqué comme soutien de famille soit mobilisé, c'est-à-dire effectivement présent sous les drapeaux (1). Donc celui qui est en sursis d'appel ou détaché dans une usine n'y donne pas lieu en principe : cependant il peut la faire naître quand même si sa situation le requiert (2).

Il faut encore que les personnes qui la sollicitent soient nécessiteuses, c'est-à-dire qu'elles ne puissent assurer leur existence à l'aide des moyens dont elles disposent. Aussi ceux dont les ressources sont diminuées par suite du départ du mobilisé, mais restent encore suffisantes pour vivre ne peuvent prétendre à l'allocation. A l'inverse, il n'est pas nécessaire, pour être en droit d'en bénéficier, d'être absolument démuni de tout. Même ceux qui jouissent de quelque revenu sont autorisés à la réclamer si le montant de celui-ci ne leur fournit pas de quoi subsister.

Il faut enfin que ceux qui la demandent aient un lien de droit avec le mobilisé — épouse — père — mère — collatéral — ou sans avoir de lien de droit avec lui, aient vécu en fait à son foyer (3).

Nous répéterons ici ce que nous avons dit plus haut au sujet du Moratorium des loyers. En notre matière aussi ce n'est pas une question qui se pose uniquement à propos de la femme. Certes celle-ci profite de ces dispositions, mais au même titre que les autres personnes qu'elles visent. C'est pourquoi, si nous estimons ne pas pouvoir les passer sous si-

(1) V. Loi du 5 août 1914, Dalloz Guerre, 1914, t. I, p. 42.

(2) V. en ce sens Circulaire Ministérielle du 30 mars 1915. Dall., *op. cit.*, t. IV, p. 78. Circulaire du 15 octobre 1915. Dall., *op. cit.*, t. VII, p. 20.

(3) En ce sens, Circul. Intermin. du 23 août 1914, art. 6. *Op. cit.*, t. I, p. 103.

lence, à raison de l'intérêt qu'elles présentent pour la compagne du mobilisé, nous ne croyons pas, vu leur caractère général, devoir nous y arrêter. Au surplus, ce sujet là comme l'autre mériterait une étude spéciale.

Plus importante, par ce que particulière à la femme, est la Loi du 23 janvier 1917 (1) qui étend à la femme du mobilisé touchant l'allocation militaire le bénéfice de la loi du 17 juin 1913, et lui accorde une allocation journalière, même si elle ne se livre pas habituellement à un travail salarié, pendant la période qui précède et suit ses couches. On écarte ainsi en faveur de l'épouse que le mobilisé a rendu mère, le principe ordinaire du non cumul de l'allocation militaire avec les autres indemnités fournies par l'État.

Les dispositions législatives et réglementaires concernant le Moratorium des loyers ou l'Allocation aux familles des mobilisés, que nous venons de signaler, constituent autant de mesures prises par la Nation pour faciliter au citoyen appelé sous les drapeaux l'exécution de son obligation de pourvoir à l'entretien de sa femme. Certes ce ne sont là que des palliatifs, et bien insuffisants. Si la femme a plusieurs enfants, la somme qu'elle touchera journellement pourra être assez élevée ; elle le paraîtra surtout, mais le deviendra réellement beaucoup moins, quand on se représentera le coût de la vie. La plupart du temps, les ressources ainsi obtenues seront trop faibles pour assurer la subsistance du ménage.

Que faire, alors ?

Si les conjoints ne disposent pas de revenus personnels, et que le mari mobilisé ne reçoit qu'une solde infime, la femme ne pourra rien exiger de lui. Il est bien obligé de la

(1) V. *Journal Officiel* du 24 janvier 1917. Dall. Guerre 1914, t. XVI, p. 139.

nourrir, seulement il faut qu'il en ait les moyens, ou qu'il puisse se les procurer par son labeur, son industrie, son activité manuelle ou intellectuelle. Or ici, il n'a pas la faculté de mettre en œuvre sa force de travail ; la patrie le tient à son service. Aussi la femme ne saurait invoquer l'obligation qui pèse sur lui. A l'impossible nul n'est tenu. Et l'épouse n'aura plus alors d'autre recours que de chercher elle-même dans le travail ce complément de ressources nécessaires à la famille. Telle sera la condition ordinaire des ménages ouvriers.

Mais il n'en sera pas toujours de la sorte. Dans les milieux bourgeois notamment il pourra se faire que le mari ait des revenus à sa disposition ; par exemple, c'est un fonctionnaire qui, bien que mobilisé, continue à toucher son traitement civil ; ou c'est un officier qui reçoit en tant que tel une solde sérieuse ; ou bien encore, c'est un individu qui dispose, en tant que chef de la communauté, de biens importants. Si, pour une cause ou une autre, ainsi par suite de discordes survenues entre sa compagne et lui avant son rappel sous les drapeaux, ou à raison de mésintelligence éclatées entre eux depuis lors, il néglige de pourvoir sa femme du nécessaire pour vivre, celle-ci ne pourra-t-elle pas le contraindre à remplir son obligation, puisqu'il en a le moyen ? Ne pourra-t-elle pas, pour vaincre son mauvais vouloir, élever une prétention sur cette solde dont une partie devrait normalement lui revenir ? Ne pourra-t-elle pas réclamer une quote-part des revenus du ménage pour son usage personnel ?

Nous sommes ainsi amenés à envisager les deux questions de la Délégation de solde et de la Pension alimentaire. C'est d'elles que nous allons nous occuper aussitôt.

CHAPITRE PREMIER

LA DÉLÉGATION DE SOLDE

L'individu qui a embrassé la carrière des Armes ou celui que la Mobilisation a appelé sous les drapeaux, peuvent se trouver retenus pendant longtemps loin de leur foyer. La distance qui les sépare des leurs et les difficultés de communiquer avec eux sont susceptibles de les gêner beaucoup dans l'accomplissement de leurs devoirs familiaux. Quels embarras n'éprouveront-ils pas pour faire parvenir à leur femme, leurs enfants, ou leurs ascendants, ce que la loi ou leur conscience leur dicte d'envoyer pour assurer leur subsistance et leur entretien. Peut-être même l'absence de relations les empêchera-t-elle de leur adresser quoi que ce soit. Les voilà placés dans l'impossibilité de remplir leurs obligations, et voilà les autres, ceux qu'ils avaient à leur charge, dépourvus des ressources sur lesquelles ils étaient en droit de compter, et qui leur sont nécessaires pour vivre.

Cette situation désavantageuse, ainsi imposée aux uns et aux autres, appelait un remède. Il leur fut donné sous la forme de la Délégation de solde.

SECTION I

QU'EST-CE QUE LA DÉLÉGATION DE SOLDE

On peut la concevoir comme une institution permettant à certains militaires de faire profiter directement certaines personnes par eux indiquées, d'une portion déterminée de leur solde.

Cette définition paraîtra peut-être bien imprécise, et bien insuffisante pour caractériser au point de vue du droit l'organisme en question. Mais, ne recherchant pas pour le moment la nature juridique de cet acte, et nous contentant d'examiner son contenu et son fonctionnement, nous pouvons toujours accepter cette notion pour point de départ, quitte ensuite, après discussion, à la remanier et à la compléter.

A. — *En quoi consiste la Délégation.*

1° — C'est une institution ouverte à *certains militaires* avons-nous dit (1). D'après l'article 18, en effet, du Décret du 10 janvier 1912 (2) peuvent en user : les officiers et assimilés, les sous-officiers à solde mensuelle, faisant partie d'une armée mobilisée ou d'un corps expéditionnaire opérant à l'extérieur (sauf Algérie et Tunisie). Donc, hors le cas du

(1) Nous ne parlons ici que de l'Armée de terre. Pour l'Armée de mer la pratique de la Délégation était courante en temps de paix : les conditions toutes particulières de l'existence du marin l'expliquent aisément.

(2) V. *Bulletin Officiel* du Ministère de la Guerre. Edition méthodique, Vol. 88.

corps expéditionnaire, lequel est un peu exceptionnel, c'est une faculté organisée au profit de militaires mobilisés : c'est, en conséquence, une institution créée en vue de la guerre, et ne devant pas, sous réserve de l'hypothèse signalée plus haut, fonctionner normalement en temps de paix. En réalité, l'état de guerre surtout éveille le besoin d'une pareille mesure.

Instaurée dans l'intérêt des différents militaires susénoncés, elle peut être utilisée par tous, par ceux qui ont fait du métier des armes leur carrière, comme par ceux qui n'ont été appelés sous les drapeaux que par la mobilisation. Mais elle constitue pour les uns et les autres une pure faculté. Officiers et sous-officiers, munis à l'égard de leur solde d'un droit de créance, ont toute liberté de la réaliser en son entier, et d'en disposer à leur gré. Ils sont maîtres sans conteste du droit et de son objet. Aussi si on leur accorde l'autorisation de déléguer une partie de leurs émoluments à certaines personnes, on ne leur en impose pas l'obligation.

2°—C'est une institution qui permet à ces militaires, avons-nous dit ensuite, *de faire profiter directement certaines personnes par eux indiquées, d'une portion déterminée de leur solde.* Cela nous conduit à examiner successivement trois points.

a) *Faire profiter directement.* — C'est là le grand avantage de l'institution. Celui qui souscrit une délégation investit la personne au nom de qui il l'a faite du pouvoir de toucher elle-même, et de façon immédiate, la somme prévue. Ainsi on évite un double déplacement de numéraire, du débiteur au créancier, et de celui-ci à son propre débiteur. Sans doute, il y a bien encore deux paiements, mais au lieu d'être effectués par deux personnes différentes, ils sont opérés par l'une d'entre elles seulement. On réalise sans mal un transfert du créancier à son propre débiteur, transfert qui serait souvent difficile, parfois impossible, toujours long et coûteux. Un

simple jeu d'écritures permettra ici de le mener à bonne fin. En utilisant ce procédé, on assure au bénéficiaire la possession directe et certaine de la somme qu'on entend lui procurer.

b) *Certaines personnes par eux indiquées.* — Toute liberté est accordée aux militaires pour le choix des personnes qu'ils désirent faire profiter de la Délégation souscrite par eux. Le plus généralement c'est en faveur de leur femme qu'ils l'a consentiront. C'est tout naturel. Obligés aux termes de l'article 214 de subvenir à son entretien et de lui fournir tout le nécessaire pour vivre, ils trouveront en cette institution un moyen commode et pratique de pourvoir à leurs charges. Mais, il leur est loisible aussi, si tel est leur gré, de déléguer à leurs descendants, à leurs ascendants, ou à un autre membre de leur famille, ou même à un tiers (1). Titulaire d'un droit de créance, ils disposent des avantages qu'il procure dans l'intérêt de qui ils veulent, comme nous le disions tout à l'heure. Seulement si à ce point de vue leur pouvoir est absolu, il ne l'est plus à un autre. Celui du quantum de la délégation.

c) *D'une portion déterminée de leur solde.* — Les militaires ne peuvent, en effet, concéder qu'une portion déterminée de leur solde : la moitié, si la mesure est prise au bénéfice de leur femme, de leurs descendants, ou ascendants ; le cinquième ou le dixième, selon que le traitement est supérieur ou inférieur à 2.000 francs, si elle l'est au nom d'un autre membre de la famille ou d'un tiers. On veut que le militaire conserve par devers lui une part suffisante de ses émoluments pour subvenir à son entretien personnel et assurer le paiement des

(1) La Délégation s'opérera selon certaines formes administrativement réglementées et prévues par le décret du 10 janvier 1912, art. 18 a.

dépenses que son état doit normalement lui occasionner. D'un autre côté, on a attribué à la quotité disponible un taux variable en correspondance avec le degré probable des relations existant entre le déléguant et le délégataire. On a pensé réaliser ainsi un juste équilibre entre les besoins des uns et des autres, et concilier les légitimes désirs du militaire avec les exigences de sa profession (1).

Voilà, brièvement indiquée, l'économie de la Délégation de solde, telle que l'a réglementée le Décret du 10 janvier 1912. Organisme de prévoyance constitué en vue de la guerre, ce système était capable, cette éventualité se produisant, de rendre de grands services. Pourtant il ne réalisa pas les espoirs que l'on fondait sur lui. Est-ce à raison de l'ignorance du texte, ou de la soudaineté des événements, de leur intensité et du désarroi qu'ils amenèrent, ou encore du

(1) Si on comprend aisément la délégation au profit de la femme, des enfants, et aussi des ascendants, on la conçoit moins bien au profit d'un tiers. En réalité elle doit peu fonctionner dans ces conditions. Ce tiers pourrait être un créancier que le militaire entend libérer de cette façon. La restriction du taux de la délégation deviendrait alors une mesure de protection pour ce dernier. Mais étant donné les circonstances exceptionnelles dans lesquelles cette institution est appelée à jouer, il est peu plausible qu'elle soit utilisée dans ce but. Ce tiers pourrait être aussi une compagne que le mobilisé a laissée à son foyer, et dont il entend assurer la subsistance durant son absence. Mais alors la restriction deviendrait ici arbitraire et contraire à l'intention probable du déléguant : elle serait une gêne pour lui.

D'autre part, à lire l'article 7 de la loi du 5 août 1914, il semblerait que dans un cas au moins la délégation ne soit pas soumise à ces conditions restrictives et jouisse d'une plus grande liberté. D'après ce texte, en effet, les fonctionnaires mobilisés peuvent donner à quiconque délégation de toucher tout ou partie du traitement civil qui leur est dû. Mais ce n'est là qu'une apparence. Cette faculté ne concerne que le « traitement civil » de ces individus, et ne s'applique nullement à la solde militaire à laquelle ils auraient droit. La délégation de celle-ci demeure régie par les dispositions générales de la matière (art. 7 de la loi du 5 août 1914, et Note du 10, II. Dall. Guerre 1914, t. I, p. 40 et 64).

mauvais vouloir des intéressés ? Toujours est-il que très peu de délégations furent souscrites ; le décret du 10 janvier resta lettre morte. Par suite, comme le constatait le Ministre de la Guerre lui-même (1), de nombreuses familles furent placées dans des conditions matérielles très difficiles, privées qu'elles étaient tout à la fois de leur chef et des ressources qu'il était à même de leur procurer.

Cette situation préjudiciable ne pouvait durer. La guerre menaçant de se prolonger et d'acculer les proches des mobilisés à une gêne de plus en plus grave, il importait d'obvier au plus vite à ces invonvénients, et d'apporter un secours à ceux que le malheur du temps accablait. L'Administration de la guerre, comptable de la solde de ces militaires, disposant ainsi de la totalité des deniers dont ceux-ci avaient faculté de déléguer portion, voulut vaincre le silence de ses subordonnés. Substituant son intervention à la leur, elle organisa une mesure nouvelle dite Délégation d'office. Ce fut l'objet du Décret du 9 octobre 1914 (2) (transformé en loi par la Loi du 30 mars 1915).

Ce n'est pas seulement à raison du caractère semi-obligatoire de l'institution que ce texte diffère du précédent en la matière, c'est aussi à raison des personnes qui peuvent en bénéficier, et par là même (car nous avons vu que les deux questions sont liées) du montant de la délégation qui peut être faite. Examinons rapidement ces dispositions.

B. — En quoi consite la Délégation dite d'office

1° — *Comment fonctionne-t-elle* ?

Tandis que dans l'autre délégation, l'institution dépendait

(1) Rapport sur le projet de Décret du 9 octobre 1914. *J. Off.*, du 11, p. 8250.

(2) V. Dalloz, Guerre 1914, t. I, p. 212.

de la volonté de l'auteur de l'acte, dans celle-ci, au contraire, elle dépendra de celle du bénéficiaire. C'est ce dernier, en effet, qui a, et a seul, l'initiative de l'opération. Pour faire ouvrir une délégation à son profit, il lui faut adresser une demande au Ministre de la Guerre (Art. 1 du décret du 9 octobre 1914). Cette autorité, saisie de la question, prescrit l'institution réclamée, et en alloue l'avantage au requérant par décision spéciale (Même Art. 1).

[Puisqu'il faut la demander, et qu'elle n'est susceptible d'être accordée qu'à ceux qui agissent ainsi, la délégation n'a pas lieu d'office. Le bénéficiaire n'en profite pas de plein droit par cela seul qu'il se trouve dans les conditions indiquées pour en jouir. Mais comme il suffit qu'elle soit sollicitée par une des personnes prévues par le texte pour qu'elle soit concédée, elle a lieu de droit, c'est-à-dire sans examen des raisons invoquées, sans appréciation, de façon automatique pour ainsi dire. La terminologie employée n'est donc pas tout à fait exacte: il n'y a pas là tant une Délégation d'office qu'une délégation instituée d'office.]

La décision ministérielle prescrivant la délégation doit être notifiée à l'intéressé dans le plus bref délai possible (Art. 1 précité). On informe ainsi le militaire de la mesure qui a été prise à son égard: il est indispensable, étant donné le droit absolu qu'il possède sur sa créance, qu'aucune intervention judiciaire n'a atteinte, qu'il soit tenu au courant de la décision supérieure le frappant.

En même temps cette publicité a pour but de lui permettre de sauvegarder ses intérêts. Ses chefs, si haut placés soient-ils, n'ont pas compétence pour opérer de leur propre autorité une délégation que lui-même n'aurait pas consentie. Si, par faveur pour les membres de la famille demeurés sans ressources, et en s'inspirant de l'intention probable de l'époux,

du père, du fils, ils prennent pareille disposition, c'est à la condition de réserver à celui-ci la faculté de s'opposer à cette mesure et de faire prévaloir sa volonté certaine sur celle qu'on lui avait attribuée. Pourvu d'une créance dont aucun acte de justice n'est venu paralyser la réalisation, il a droit de disposer d'elle et de son objet comme bon lui semblera. Les règles de la discipline militaire, quelque fortes et coercitives qu'elles soient, ne sauraient entraver le libre jeu de sa personnalité juridique. Aussi a-t-on été obligé de laisser à cet individu le pouvoir de refuser son adhésion à la délégation d'office.

C'est ce que consacre l'article 4 du décret du 9 octobre 1914. Il nous déclare que le militaire qui veut s'opposer au maintien de la Délégation devra faire connaître son refus d'acceptation par écrit, dans les conditions déterminées par le texte, et qu'aussitôt la décision du Ministre tombera.

Le mobilisé a donc un droit d'opposition formel. Si sa volonté n'intervient pas au début de l'opération, elle se manifeste nécessairement à la fin : soit de façon tacite, par son silence, pour approuver la mesure prise à son égard, soit de façon expresse, par sa protestation, pour s'élever contre elle et la faire cesser. Le respect de la volonté individuelle exigeait-il cette solution, exigeait-il que l'on oubliât les intérêts des personnes en cause ?

Quoi qu'il en soit, nous voyons que cet acte n'a pas un caractère aussi obligatoire et impératif que sa qualification semblerait l'indiquer. Non seulement, il n'est pas prescrit d'autorité par l'Administration débitrice des deniers qu'il s'agit de déléguer ; mais le bénéficiaire qui a bien la faculté de le faire établir à son profit n'a nullement le pouvoir d'assurer son maintien : sa volonté se verra toujours primée par

celle de son débiteur, créancier personnel des sommes en jeu : c'est lui qui a le dernier mot.

La possibilité que possède ainsi le mobilisé de faire cesser la délégation instituée en son nom s'explique aisément. C'est par interprétation de sa volonté probable qu'on l'avait créée : devant la manifestation d'une volonté nettement contraire, la présomption tombe, et l'organe qu'elle soutenait également.

Cet article 4 reconnaissant au mobilisé un droit absolu à l'opposition, il s'en suit qu'il peut la former pour tous motifs, et sans avoir à les indiquer : l'expression de son refus suffit. Deux seules conditions lui sont imposées : qu'il fasse connaître son opinion par écrit, et cela dès le premier paiement sur lequel la retenue correspondant à la délégation a été effectuée.

Mais quel sera le sort de la délégation avant que le militaire ait manifesté sa volonté?—On peut demeurer, en effet, un certain moment dans l'ignorance de ses intentions, soit parce qu'on n'a pas encore eu le temps matériel de lui notifier l'opération, soit parce qu'on ne parvient pas à le joindre pour ce faire. Durant cet intervalle qu'en est-il de la Délégation ?

Existe-t-elle ? Oui. La participation du déléguant n'est pas nécessaire à sa création, puisque c'est justement pour suppléer à son inaction que l'institution d'office a été organisée. D'autre part le texte de l'article 4 nous dit : « Si le militaire veut s'opposer au maintien de la Délégation ». Il n'a ainsi que la faculté de s'opposer *à son maintien* : c'est donc qu'elle existe déjà auparavant. Ensuite s'il n'élève pas un refus, et un refus par écrit, l'institution continue à fonctionner : elle n'a par conséquent pas besoin de sa volonté pour entrer en jeu. Enfin cet article 4 *in fine* déclare que l'Administration de la guerre poursuivra, le cas échéant, auprès des tiers qui

en auraient bénéficié, la restitution des sommes payées antérieurement à l'opposition de l'intéressé. Cela montre clairement que le fonctionnement peut s'opérer avant que le militaire ait fait connaître son intention.

Nous nous trouvons de la sorte en présence d'une délégation qui prend naissance en dehors du consentement du déléguant. Celui-ci se voit atteint dans son droit de créance, privé d'une partie de son objet, sans qu'il l'ait voulu, sans même qu'il l'ait approuvé : son seul pouvoir est d'empêcher la persistance d'une telle mesure. Mais si, pour une cause ou une autre, on ne réussit pas à le joindre, si la notification ne peut lui être faite, et que par suite il ne lui est pas permis de protester, l'institution continuera à produire tous ses effets, indépendamment de l'intéressé. Ce dernier, fait par exemple prisonnier par l'ennemi, déléguera sans le savoir.

Quelle est donc cette délégation qui est susceptible de fonctionner en dehors de l'intervention du créancier déléguant ? C'est une question que nous aurons à examiner plus loin.

2° — *Quelles personnes peuvent profiter de la délégation d'office?*

A la différence de la délégation volontaire qui pouvait être consentie au nom de n'importe qui, même d'un tiers, selon le gré du concédant, celle-ci, au contraire, ne peut être instituée qu'en faveur d'un membre de sa famille. Seuls sa femme, et, s'il y a lieu, ses descendants et ascendants, sont en droit de solliciter l'établissement de cette mesure.

La distinction se conçoit bien. La délégation volontaire était un moyen ouvert au militaire pour lui permettre de s'acquitter d'une dette urgente. Il pouvait l'utiliser à l'égard d'un membre de sa famille, pour lui procurer de façon rapide et commode les ressources nécessaires à sa subsistance, mais il pouvait aussi l'employer à l'avantage d'un tiers, dans un

but quelconque. Il était libre d'en disposer selon sa volonté, comme il était libre de disposer à son agrément des deniers sur lesquels elle portait. C'était pour lui un procédé de transfert accessible à toutes fins.

Tout autre est le caractère de la Délégation d'office. Mesure qui est imposée au mobilisé sans son consentement et jusqu'à manifestation d'un refus, elle ne pouvait être prise pour un motif quelconque et au profit d'une personne quelconque. Établie en dehors de l'intéressé et des formes judiciaires, elle ne pouvait l'être que par interprétation de la volonté probable de l'individu : aussi seules les personnes qu'il eut été normalement dans son intention d'instituer devaient se voir reconnaître la faculté d'obtenir cet avantage. Il est tout naturel de supposer que, s'il en avait eu le moyen, le mobilisé eût souscrit pareil acte au nom de sa femme, à qui il doit toujours la subsistance, au nom de ses enfants aussi, envers qui il est tenu du même devoir, au nom de ses ascendants même, si ceux-ci sont dans le besoin. Il est probable que, les circonstances le lui permettant, il se fût comporté de la sorte : il n'est pas téméraire de le supposer, et, pas davantage, de faire ce qu'il n'a pas fait. Car, alors même que son intention n'eût pas été telle, son devoir, dicté par la conscience et sanctionné par la loi, lui prescrivait d'agir de cette façon. Réaliser à sa place une obligation qu'il n'a pas remplie lui-même, soit parce qu'il ne l'a pas pu, soit parce qu'il ne l'a pas voulu, n'est pas œuvre arbitraire, d'autant plus qu'on lui réserve la possibilité d'y mettre fin. Basé sur ce principe, cet avantage ne pouvait raisonnablement être ouvert qu'à certaines personnes, celles-là même qui étaient capables d'invoquer l'existence à leur profit d'une pareille obligation. Aussi on comprend que le tiers, impuissant à se prévaloir d'une semblable considération, n'ait

pas été admis à solliciter le bénéfice de cette disposition.

La Délégation ayant ainsi un caractère alimentaire, il existera un ordre parmi les personnes en état d'en demander l'application. Toutes ne sauraient être placées sur le même rang. Certaines reçoivent de la nature, de la conscience et de la loi une priorité. C'est de ce principe que s'inspire l'article 1er du décret du 9 octobre 1914 quand il nous déclare : « Les femmes et, s'il y a lieu, les ascendants et descendants ». C'est bien là l'établissement d'une gradation.

En premier lieu, on appelle à profiter de la mesure : la femme. La logique et la raison le veulent. Personne n'a plus de droits à réclamer des aliments que le conjoint même du militaire. Celui-ci, comme nous l'avons vu précédemment, demeure, bien que mobilisé, soumis aux devoirs que lui impose le mariage, avant tout donc à celui-ci de subvenir à l'entretien de sa femme quand il en a la faculté (Art. 214 C. Civ.). S'il omet de le remplir, sa compagne doit pouvoir user du moyen qui permet de l'y contraindre indirectement. Rien de plus juste par conséquent que la Délégation d'office lui soit ouverte en première ligne.

Après la femme, le décret mentionne : s'il y a lieu les ascendants et descendants. S'il y a lieu. — Qu'est-ce à dire ?

Entend-on par là : à défaut de ? C'est la solution qui semble la plus conforme au bon sens : les ascendants et descendants constitueraient une deuxième classe de bénéficiaires, susceptibles de venir seulement au cas où ceux du premier rang feraient défaut — celui-ci d'ailleurs résultant de l'abstention aussi bien que de l'absence. En d'autres termes, les ascendants et descendants de l'intéressé ne devraient pouvoir solliciter la délégation qu'autant que celui-ci n'a point de femme ou que sa femme ne la réclame pas pour elle-même. La délégation tendant à l'exécution des obligations alimen-

taires, un individu ne saurait être tenu d'acquitter celle-ci vis-à-vis de ses ascendants qu'alors qu'il l'a remplie d'abord, et entièrement, vis-à-vis de sa femme. Si l'épouse et les parents manquent de ressources, l'épouse doit être préférée, et être satisfaite au préalable.

Si donc cette expression « s'il y a lieu » doit s'interpréter ainsi, le décret a eu tort de dire : les ascendants et descendants. C'est l'ordre inverse qu'il eût fallu adopter. Il est évident que si les enfants ont une mère avec laquelle ils vivent, c'est elle qui sollicitera la Délégation pour eux aussi bien que pour elle-même. Mais s'ils n'en ont plus, ces enfants doivent pouvoir venir avant leurs grands-parents.

Ou bien ce « s'il y a lieu » signifie-t-il : si les circonstances l'exigent, les ascendants et descendants pourront venir en concours avec la femme pour solliciter la Délégation. Alors il n'y aurait plus une Délégation, mais plusieurs, puisqu'il serait nécessaire d'établir la mesure au nom de plusieurs personnes ? Or le Décret nous parle toujours d'une Délégation unique (Art. 1, § 1, § 2). Notamment il nous déclare que le montant de la délégation d'office sera uniformément fixé à la moitié de la solde. De même encore l'article 4 au sujet de l'opposition. D'autre part comment réglerait-on le concours : qui déterminerait la part de chacun ; il y aurait lieu à une ventilation, que l'autorité administrative est impuissante à faire ; toutes choses d'ailleurs que le texte ne prévoit pas. Au surplus une autre disposition, intervenue aussi dans un but alimentaire, donne une indication dans un sens contraire à cette interprétation. La loi du 5 août 1914 instituant des allocations au profit des familles dont les soutiens ont été appelés aux Armées, nous dit que l'allocation ne peut être accordée, sauf exceptions, qu'à une seule personne : celle dont le soutien avait avant tout la charge au moment de

son départ : donc, de par la loi, c'est sa femme, à moins de situations extraordinaires. En principe le concours de l'épouse et des ascendants n'est pas possible. Pourquoi le serait-il ici ? Puisque nous sommes en matière alimentaire, nous pouvons bien faire fond de ce texte.

Enfin on concevrait une troisième explication plausible. S'il y a lieu voudrait dire : selon les circonstances, tout simplement. C'est d'après les conditions des parties en présence que la Délégation serait accordée à l'une ou à l'autre ; celle dont l'état semblerait mériter le plus de faveur se la verrait attribuer. Ainsi une femme séparée de corps et qui n'a pas la garde des enfants qu'elle a eus de son mariage avec le militaire, pourrait se voir refuser le profit de la Délégation, qui serait au contraire reconnu aux descendants.

Ce serait là la solution la plus rationnelle et la plus équitable. Mais elle implique encore une appréciation des faits dont le décret ne nous parle point. Celui-ci ne nous dit pas, en effet, que les intéressés pourront obtenir la mesure qu'ils sollicitent, après enquête, examen ou instruction de leur demande. Non : il est plus impératif et expéditif : pourront, sur leur demande, déclare-t-il, obtenir, par décision ministérielle, l'institution d'office à leur profit d'une délégation de solde. Toute question d'appréciation semble écartée. D'ailleurs la délégation serait-elle encore réellement d'office, s'il fallait au préalable procéder à la discussion de l'affaire ?

Aussi nous croyons que c'est la première interprétation que le texte a entendu viser : tous les termes du décret paraissent prouver qu'il ne peut y avoir qu'*une* Délégation d'office possible, et que c'est la femme du mobilisé qui est avant tout appelée à en bénéficier. Toutefois, la troisième interprétation n'a peut-être pas été absolument écartée : et au cas où des difficultés se présenteraient, où un conflit

s'éleverait entre plusieurs requérants, elle serait susceptible de fournir un élément raisonnable de solution (1).

3° — *Quel peut être le montant de la Délégation d'office ?*

A cet égard encore nous constaterons une différence avec l'institution volontaire. Dans celle-ci le taux était laissé au gré du constituant. On lui avait seulement imposé un maximum qu'il ne pouvait dépasser, maximum porté à la moitié, au cinquième ou au dixième de la solde selon la qualité de la personne au profit de qui elle était constituée, le tout d'après les distinctions que nous avons précédemment étudiées.

Ici, au contraire, le montant de la délégation d'office est uniformément fixé à la moitié des allocations de solde du militaire intéressé (Art. 1). Donc plus de variabilité : un seul taux : la moitié. Quel que soit le délégataire, quels que soient ses besoins et les disponibilités du déléguant, il n'aura jamais moins, et il ne pourra jamais non plus obtenir plus. On a cru préférable, pour éviter toutes discussions et tous retards, d'établir un forfait. Sans doute ce ne sera pas toujours équitable, car si la solde est élevée, la moitié sera insuffisante pour permettre à la femme de subvenir à son entretien et à celui de ses enfants dans les mêmes conditions

(1) Cette interprétation se trouve confirmée par le Décret du 26 octobre 1914, qui, s'exprimant de façon plus compréhensive, décide : Les femmes, et, à défaut, les descendants des militaires... au profit desquels il n'aurait pas été consenti ou institué de délégation...

Sans doute la suite du texte nous montre bien qu'une délégation consentie au profit d'un ascendant peut être maintenue malgré l'attribution à la femme, ou aux descendants, de l'allocation d'une partie de la solde du militaire décédé. Mais d'une part il s'agit de délégation consentie, et non d'office ; et d'autre part, la déduction, qui doit être opérée sur l'allocation, de la portion antérieurement concédée ne sera pas difficile à calculer, puisque celle-ci est déjà établie par avance. Enfin cette allocation n'est pas une délégation proprement dite, mais une mesure de faveur assimilée à la délégation. Art. 1 *in fine* du dit décret.

qu'avant la guerre ; d'un autre côté, le militaire pourra ne pas avoir besoin de toute cette autre moitié. Mais puisque la délégation d'office est basée sur le consentement présumé de l'intéressé, on ne pouvait pas lui faire déléguer tacitement plus qu'il ne lui eût été permis de faire expressément. Grâce à ce taux forfaitaire, correspondant au maximum dont le militaire avait faculté de disposer personnellement, l'harmonie est maintenue entre les deux espèces de délégations, et toutes difficultés d'appréciation des besoins de l'un, des ressources de l'autre, sont supprimées. Il fallait qu'il en fut ainsi pour que l'institution rendit les services en vue desquels elle avait été créée : assurer aux familles des mobilisés, de façon facile, prompte, et raisonnable, les sommes nécessaires à leur subsistance quotidienne. La compliquer, c'eût été la faire avorter. On s'en est heureusement gardé.

4° — *Quelle sera la durée de la Délégation d'office ?*

Nous continuons à trouver ici des différences avec la délégation consentie, tenant à l'origine distincte des deux dispositions. Alors que le militaire qui consent une délégation a toute latitude pour lui assigner la durée qu'il entend, sauf à ne pas la prolonger au delà d'un mois après la cessation des hostilités, qu'il a toujours la faculté de la révoquer quand il le veut, que la mesure cesse elle-même de plein droit du jour du décès du déléguant (Décret du 10 janvier 1912, art. 18 *b*), celui, au contraire, qui est l'objet d'une délégation d'office, se la voit imposer, s'il ne manifeste pas formellement son refus de l'accepter, jusqu'à la fin de la guerre ; une fois qu'il a reçu son premier paiement diminué sans protester, il est lié ; il peut s'opposer au fonctionnement de la Délégation, mais s'il ne le fait pas il est impuissant à l'empêcher de jouer. De plus l'institution d'office ne cessera pas par sa mort : la faveur que l'on a voulu à juste titre montrer aux défenseurs du

pays, a conduit à décider que cette délégation serait maintenue jusqu'à la cessation des hostilités, quel que fut le sort du militaire qui y donnait lieu : que celui-ci soit tué, disparu ou fait prisonnier, peu importe, la Délégation continue. Ce principe admis, on fut obligé, pour éviter une injustice flagrante, de modifier sur ce point le décret de 1912 et de décider que la Délégation consentie poursuivrait son cours comme l'autre, quel que soit le sort du militaire intéressé. Décret du 9 octobre 1914, art. 2 (1).

SECTION II

NATURE JURIDIQUE DE LA DÉLEGATION DE SOLDE

La Délégation de solde, soit volontaire, soit d'office, étant ainsi examinée dans sa réglementation administrative et dans son fonctionnement pratique, il nous faut maintenant nous demander quelle est sa nature. Cette institution est-elle vraiment une Délégation ?

Qu'est-ce que la Délégation ? —

(1) En cas de décès, l'ouverture de la pension due aux ayants-droit qui bénéficient de ces dispositions, sera reculée jusqu'après la cessation des hostilités. Toutefois, si le taux de la délégation était inférieur à celui de la pension, celle-ci s'ouvrirait et se substituerait à la première mesure (Art. 2, Décret, 9 oct. 1914).

Assurant davantage encore la protection de la femme et des descendants du mobilisé décédé sous les drapeaux, le décret du 26 octobre 1914, Art. 1, est venu décider que si aucune délégation (d'office ou consentie) n'existait au profit de ces personnes, elles auraient droit à la moitié de la solde de leur parent défunt — et cela toujours jusqu'à la cessation des hostilités.

Le Code Civil (Art. 1275) nous dit que c'est l'opération par laquelle « un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier » ; il ajoute que cette opération n'opère pas novation si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur.

Le Code nous présente donc la délégation comme un acte juridique particulier, s'écartant ainsi de Pothier qui, en une définition plus explicite à d'autres égards, la qualifiait : « une espèce de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne, qui, à sa place, s'oblige envers ce créancier ou envers la personne qu'il indique » (1).

Espèce de novation pour Pothier, acte particulier pour le Code, emportant novation ou non, selon la volonté du créancier, la délégation exige toujours pour fonctionner le concours de trois personnes : un ancien débiteur déléguant, un nouveau débiteur délégué, et un créancier délégataire. Elle permet à cet ancien débiteur de s'acquitter de sa dette envers son créancier en utilisant le crédit qu'il possède près d'un tiers : que celui-ci soit lui-même son débiteur ou qu'il lui consente une libéralité ou un prêt.

Le déléguant peut donc ainsi être créancier du tiers qu'il fait intervenir à sa place ou ne pas l'être. Ceci nous montre tout de suite un des caractères de la délégation : à la différence de la cession, ce n'est pas la créance que l'on transmet par son entremise. Que confère-t-elle alors ? L'article 1275 du Code civil nous le dit quand il la définit : l'opération par laquelle « un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier ». Elle fait donc acquérir au créancier une obligation nouvelle, un débiteur nouveau,

(1) POTHIER, *Traité des Obligations*, IIIe Partie, Chap. II, Art. 6, N° 600.

obligation qui s'ajoute à l'obligation primitive ou la remplace selon que le créancier a déclaré expressément qu'il entendait décharger son ancien débiteur ou qu'il s'en est abstenu ; selon en somme qu'il y a eu novation ou non. C'est là le trait caractéristique de la délégation : pour qu'elle existe il faut que le tiers qui consent à régler le créancier s'engage envers lui. De telle sorte que le bénéficiaire de l'opération, c'est-à-dire le délégataire, est investi d'un droit nouveau, sanctionné par une action nouvelle. L'engagement du tiers délégué constitue l'élément essentiel et indispensable de l'opération ; c'est lui qui réalise véritablement la délégation. Jusqu'à ce qu'il intervienne, celle-ci n'existe qu'à l'état de projet, et s'il ne se produit pas, l'ébauche n'arrive pas à prendre sa physionomie particulière. L'acte commencé demeurera tel, et ce pourra être, suivant les cas et suivant les opinions, une pollicitation, ou un mandat ou une stipulation pour autrui (1).

De ce que la Délégation implique le concours de trois personnes, il s'en suit qu'elle exige leurs consentements respectifs. S'analysant en un triple rapport juridique, elle a nécessairement besoin, pour être parfaite, de l'accord des trois parties intéressées : elle ne peut naître que de la réunion de leurs volontés concomitantes ; l'opposition de l'une d'elles l'empêcherait d'aboutir. Et c'est ce qui la distingue de l'acte juridique auquel elle ressemble, la cession de créance, où l'adhésion du débiteur cédé n'est pas absolument indispensable et peut être suppléé par l'accomplissement des formalités prévues à cet effet par l'article 1690 du Code Civil. Ici, il n'en est pas ainsi : le refus de l'un des partenaires, notam-

(1) En cette matière nous avons consulté avec profit la thèse de M. F. HUBERT, *Essai d'une théorie juridique de la Délégation*, Poitiers, 1899. Voir, la dite, IIe Partie, Chap. I et II.

ment du débiteur que l'on entend déléguer, fera échouer toute la combinaison.

Mais si le concours des volontés est un élément essentiel, à défaut duquel l'organisme ne saurait jouer, il n'est pas nécessaire qu'il soit simultané. L'opinion générale n'exige pas que ces trois volontés se manifestent ensemble et en même temps : elle les autorise à se produire l'une après l'autre (1). L'initiative de l'opération appartient à l'un quelconque des intéressés : le plus souvent ce sera le débiteur déléguant qui la prendra, prescrivant à son débiteur de s'engager vis-à-vis de son créancier personnel ; cependant ce pourrait être aussi le créancier délégataire, stipulant d'un tiers ce que celui-ci doit à son propre débiteur ; ce pourrait même être à la rigueur le débiteur délégué s'engageant à payer à une personne dont il est déjà le débiteur, ce qu'il doit lui-même à une autre, tenue envers la première : ceci pour faciliter le règlement de ses obligations, n'effectuer qu'un paiement unique, et peut-être obtenir un terme plus favorable. Seulement ce projet ainsi découvert par l'un des intéressés ne deviendra Délégation que quand les deux autres y auront consenti, par leur adhésion, acceptation ou ratification (2).

Jusque-là, jusqu'à ce que les trois volontés se soient rencontrées et unies, l'offre faite par l'une des parties ou par deux d'entre elles peut être rétractée par son ou ses auteurs.

(1) V. en ce sens : DURANTON, t. XII, N° 320 ; LAROMBIÈRE, *Des Obligations*, t. III, art. 1275, N° 2 ; LAURENT, t. XVIII, N° 314 ; HUBERT, N° 151, p. 112. — *Adde* Dall., *Repert.*, V° *Obligation*, N° 2472, p. 548. — Cass., 8 juillet 1834 ; S. 34.1.504.

D'autre part le consentement des parties qui est nécessaire à la formation de l'acte juridique et qui peut être ainsi donné par chacune à des moments distincts, peut l'être de façon expresse ou tacite indifféremment. V. HUBERT, N° 151, p. 113.

(2) V. HUBERT, IIe Partie, Chap. II, Section 1, N° 101 et suiv., p. 112.

Une fois l'accord établi, il ne saurait plus être question d'un retrait quelconque. De là il résulte que si l'une des parties meurt avant d'avoir donné son assentiment, le concours des volontés devient impossible, et par là même la Délégation aussi. On sait qu'il en est autrement dans la stipulation pour autrui où les ayants droit du tiers bénéficiaire sont admis à tirer parti de la stipulation, alors même que leur auteur serait décédé avant d'y avoir accédé, son droit étant parfait par le seul engagement du débiteur stipulé.

En somme, la Délégation nous apparaît comme un contrat par lequel une personne transfère à une autre, dont elle est débitrice ou non, une certaine valeur qui lui sera remise par un tiers, celui-ci s'engageant à la payer à la place de la première, sa propre créancière ou non. C'est un contrat qui réalise d'un seul coup deux conventions distinctes — établies entre le déléguant et le délégataire d'une part, et entre le délégué et le déléguant de l'autre — par la création d'un rapport juridique nouveau, entre deux parties, délégué et délégataire, préalablement indépendantes et non engagées dans les liens d'une obligation. La Délégation, une fois formée par la rencontre des trois volontés concomitantes, impose une dette nouvelle au délégué, donne une action nouvelle au délégataire, unit deux êtres qui s'ignoraient, laissant ou non le déléguant obligé envers le délégataire, selon la volonté manifestée par ce dernier, et selon aussi que le déléguant était antérieurement tenu vis-à-vis de lui ou non. C'est donc une opération complexe par nature, mais aboutissant en fin de compte à un résultat unique et simple qui est fondamental et lui donne son caractère particulier : un engagement personnel du délégué envers le délégataire (1).

(1) De là il s'en suit que le délégataire ayant un droit nouveau, indépendant de celui du déléguant, ne peut se voir opposer par le délégué

Tels sont les principes que l'analyse de cette institution nous permet de dégager et de poser. Les éléments de la Délégation étant ainsi mis à jour, nous avons maintenant à nous demander si l'organe que les textes relatifs aux soldes des militaires prévoient sous le nom de Délégation, en est véritablement une, et cadre bien avec les règles admises en la matière.

Pour résoudre cette question, nous étudierons successivement les deux espèces de Délégations de soldes, celle de droit commun, c'est-à-dire toute volontaire, et celle que la guerre a fait naître, c'est-à-dire instituée d'office.

A. — Délégation Volontaire

Nous avons essayé de la définir précédemment : l'institution permettant à certains militaires de faire profiter directement certaines personnes par eux indiquées, d'une portion déterminée de leur solde. Comment concevoir la construction de ce système ?

1° *Analyse.*

Pour que l'organisme puisse jouer il faut ici aussi que trois parties entrent en relations : un militaire qui souscrit la Délégation, un tiers qui est appelé à en bénéficier, enfin le débiteur de la solde, l'État. Ces trois parties doivent-elles néces-

les exceptions que celui-ci aurait pu faire valoir contre la créance de ce déléguant. V. HUBERT, N° 213 et suiv., p. 167 — N° 220, p. 175 — et N° 229, p. 181. Toutefois cela n'est vrai qu'en principe. Car, de la théorie admise par la jurisprudence, il résulte que, bien que n'étant pas une cession de créance, la délégation confère quand même au délégataire l'avantage de la créance du déléguant. V. HUBERT, N° 145, note 2, p. 106 — N° 227, p. 179 — N° 229 précité. Si donc le délégataire voulait exercer le droit du déléguant contre le délégué, il pourrait se voir opposer par celui-ci les exceptions dont il jouissait à l'égard du déléguant.

sairement donner leur consentement respectif à l'opération, pour que celle-ci passe du domaine des projets en celui des faits ? Tout d'abord, et par la force même des choses, ces manifestations de volonté, si elles doivent se joindre, ne seront jamais simultanées ; l'auteur de la Délégation se trouvant à l'Armée, loin de la personne qu'il entend en faire profiter, et en face d'un débiteur anonyme, son intention ne se verra jamais acceptée dès sa révélation : l'adhésion de ses partenaires ne pourra venir que par la suite. Mais ce triple concours est-il indispensable ?

Opération purement facultative, l'initiative en émanera du militaire lui-même. C'est à lui seul que l'article 18 du Décret du 10 janvier 1912 reconnaît le pouvoir de la faire naître : titulaire d'une créance, il a le droit de disposer de son objet comme bon lui semble ; une personne quelconque ne peut d'elle-même lui imposer un emploi déterminé. Aussi sa volonté est-elle primordiale. Celle de l'État débiteur est nécessaire aussi. Sans doute ce dernier n'est pas libre de l'accorder ou de la refuser comme il l'entend. En concédant au militaire la possibilité, sauf à observer certaines formalités prescrites, d'utiliser ce procédé, il lui confère par là même un droit à le faire. Tant que cette liberté demeure ouverte, et pourvu que le mobilisé se soumette aux conditions imposées, l'État ne peut pas refuser arbitrairement son consentement à l'acte qui lui est proposé. N'empêche qu'il faut que son adhésion existe, qu'il prête son concours, forcé peut-être, mais réel. Il ne peut rester étranger aux négociations ; sinon l'institution ne saurait prendre vie.

Différent, au contraire, sera le rôle de la personne appelée à bénéficier de la convention. Par son intervention, en effet, le militaire demande à l'État de payer à ce tiers une portion de sa solde, lorsqu'elle arrivera à échéance ; si l'État y

consent, l'acte juridique est parfait : l'accord du mobilisé créancier et de l'État débiteur suffit pour le réaliser. Il n'est pas besoin, en outre, de l'acceptation du bénéficiaire. Certes ce dernier, en tirant profit du pacte, y donnera son adhésion ; mais celle-ci n'est pas nécessaire pour assurer la validité de la délégation qui a déjà une existence antérieure.

Cette institution peut donc prendre naissance en dehors du délégataire et sans son concours. C'est là un point qui la sépare de la délégation proprement dite, où, comme nous l'avons vu plus haut, la volonté du délégataire est une condition constitutive de l'acte.

Pourquoi en est-il ainsi ? L'analyse de l'organisme va nous le montrer, et nous montrer en même temps sa nature véritable.

Quel est le rôle de l'État débiteur ? Sur la demande de son créancier, il se charge de payer à l'échéance portion de sa dette à ce créancier lui-même, et portion à la personne que celui-ci lui indique. Il assume une charge à l'égard de son créancier ; il consent à se libérer de la façon que celui-ci juge préférable ; il modifie sur sa prière le mode ordinaire de paiement : il s'oblige vis-à-vis de lui à verser une part de la somme dûe à un autre que lui-même, et pour son compte à lui créancier. Et c'est tout. En prêtant son concours à cette opération l'État ne s'engage pas envers le tiers bénéficiaire, et il ne s'oblige pas à s'engager envers lui ; il ne contracte aucune obligation à l'égard de cette personne ; il n'entre pas en rapport juridique avec elle ; il ne devient nullement son débiteur personnel, et il ne promet pas de le devenir (1).

(1) La preuve en est que c'est le déléguant qui demeure investi du droit de créance envers l'État. Et en effet le militaire a toujours la faculté, après avoir consenti la délégation de la faire cesser ; il lui est

Le délégataire n'acquérant, par l'institution qui est faite à son profit, aucun droit nouveau, aucune créance vis-à-vis de l'individu qui lui est délégué, n'a donc pas à donner son consentement à cet acte, dont il bénéficiera, mais où il n'est pas partie (1).

Cet aperçu nous révèle la différence essentielle qui sépare notre institution de la Délégation proprement dite. Le trait caractéristique et fondamental de celle-ci est précisément cet engagement direct du délégué vis-à-vis du délégataire. Cet élément primordial ne se retrouvant pas ici, nous sommes fondés à en induire que nous ne sommes pas en présence d'une délégation véritable.

2° *Qu'est cette Institution ?*

a) Si nous recherchons parmi les organismes juridiques ceux qui sont susceptibles de produire un résultat analogue à celui que nous constatons ici, il en est un qui se présente aussitôt à notre attention : la cession de créance. Cette opération résulte aussi d'une convention, et trois personnes également y entrent en jeu : un créancier cédant, un débiteur cédé, et un bénéficiaire cessionnaire. Là pareillement l'une des parties fait profiter l'autre d'un droit dont elle est investie à l'égard d'un tiers. Cependant ces ressemblances ne sont qu'apparentes. En réalité il y a entre les deux hypothèses des différences profondes. Tout d'abord la convention

loisible d'en arrêter le fonctionnement à son gré, de dépouiller le bénéficiaire de l'avantage qu'il lui avait accordé, et de reprendre la perception de la totalité de sa solde. Cette liberté qu'il a de disposer de la délégation selon sa volonté, d'en enlever le profit au concessionnaire selon son bon plaisir, montre bien que c'est lui qui est resté titulaire, et titulaire sans partage, de la créance. Le délégataire n'est pas muni du droit et n'y participe même pas. Il jouit uniquement d'un avantage de fait.

(1) De là découle aussi que le délégataire pourra se voir opposer toutes les exceptions dont le délégué jouit à l'encontre du déléguant.

n'intervient plus ici entre la personne créancière et celle qui est sa débitrice, comme cela a lieu dans la Délégation de solde, mais entre l'individu créancier et celui à qui il veut conférer l'avantage que son droit est en mesure de procurer : et tandis qu'au premier cas le consentement du débiteur est nécessaire, ici il ne l'est plus absolument. Sans doute cette volonté peut intervenir ; seulement si elle ne le fait pas, on a faculté de s'en passer ; à l'acceptation du cédé l'article 1690 du Code Civil permet de substituer une signification de la cession à lui adressée. D'autre part la validité du transport est subordonnée à l'accomplissement des mesures de forme prescrites par cet article 1690 : acceptation authentique (du moins vis-à-vis des tiers) ou signification. L'efficacité de la Délégation de solde n'est pas soumise à l'observation de pareilles règles : juridiquement — si administrativement il n'en est pas ainsi — elle peut-être opérée d'une façon quelconque ; on conçoit qu'elle soit dégagée de toute procédure particulière.

Si réelles que soient déjà ces différences elles sont peu de chose encore à côté de cette autre qu'il nous reste à signaler : la cession de créance a pour effet de transmettre au cessionnaire la créance elle-même contre le débiteur cédé ; ce n'est pas simplement l'avantage du droit du cédant qu'il acquiert, c'est le droit même. D'où il résulte que le cessionnaire aura action contre le cédé pour obtenir son paiement ; d'où il résulte aussi qu'à l'inverse de ce qui a lieu dans la délégation proprement dite où le délégataire ayant acquis une créance nouvelle ne peut se voir opposer les exceptions que le délégué avait contre le déléguant, et qu'à la ressemblance de ce qui se produit dans la délégation de solde où le délégataire n'ayant pas de droit propre et ne faisant que profiter de celui du déléguant qui le conserve, peut être privé du bénéfice à lui

consenti par l'effet des exceptions dont le délégué est investi à l'égard du déléguant, le cessionnaire risque aussi de se heurter aux exceptions que le cédé possède du chef du cédant. Ce n'est pas une créance nouvelle qui a été créée ; c'est la créance primitive qui a changé de titulaire. Or *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet.* C'est là l'élément capital de différenciation entre nos deux institutions. Aux termes de l'article 18 du Décret du 10 janvier 1912 l'État débiteur consent à payer une partie des sommes dont il est redevable envers certains militaires, ses créanciers, aux personnes que ceux-ci désigneront. C'est une mesure de bienveillance que de sa propre initiative il leur accorde, et ce pour leur faciliter l'exécution de leurs obligations familiales : c'est un procédé qu'il met de lui-même à leur disposition, prévoyant qu'autrement ils ne songeraient pas à en demander l'application ; mais il n'entend nullement par là se lier vis-à-vis de ceux qui lui seront indiqués comme capables de recevoir partie du paiement. Les bénéficiaires ne sauraient donc se prévaloir d'aucun droit à son encontre.

Toute tentative d'explication de la Délégation de solde par les principes de la cession de créance nous apparaît ainsi impossible.

b) Si nous poursuivons notre examen des institutions juridiques qui conduisent dans la pratique à un résultat voisin de celui qui nous préoccupe en ce moment, nous apercevons à côté de la cession de créance un autre concept, semblant tout d'abord répondre à notre vœu : c'est celui de la Stipulation pour autrui. Acte en principe nul, selon l'article 1119, la stipulation pour autrui devient valable, aux termes de l'article 1121, dans deux cas : 1° Si elle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ; 2° Si elle est la condition d'une donation.

Notre organisme ne rentre-t-il pas précisément dans la première exception prévue ? N'y a-t-il pas ici une stipulation pour autrui, condition d'une stipulation pour soi-même ? D'un côté nous avons ici comme là trois personnes en cause, l'une d'elles profitant d'un contrat auquel elle est demeurée étrangère. D'un autre côté lorsque le militaire demande à l'État de payer à l'échéance portion de sa solde à sa famille, n'est-ce pas comme s'il stipulait de son débiteur qu'il le rémunérerait désormais de ses services en lui fournissant telle somme (partie de la précédente) et en versant telle autre somme à la personne qu'il désigne ? Ne stipule-t-il pas pour autrui et en même temps pour lui ? D'autant plus que la jurisprudence interprète très largement la règle de l'article 1121 et considère que le stipulant fait une stipulation pour lui-même dès qu'il trouve un intérêt dans le contrat qu'il passe avec le débiteur (1).

Nous croyons que cette hypothèse ne serait pas conforme à la réalité des faits. Et tout d'abord ce militaire stipule-t-il pour lui-même ? Lorsque la convention intervient entre l'État et lui, il existe déjà un contrat réglant leurs rapports : les conditions en ont été préalablement fixées, non pas d'un commun accord entre les parties, mais, à raison du caractère d'ordre public du service qui en fait l'objet, par la loi elle-même, à laquelle le militaire a dû se soumettre. Aussi il ne saurait être question en ce moment de modifier ces conditions ; une convention serait d'ailleurs impuissante à le faire ; et ce n'est pas du reste là le but de celle qui est conclue. Ce pacte ne vise donc pas les relations juridiques du déléguant et du délégué et ne touche pas à leurs obligations. Plus, le

(1) V. Cass., Ch. civ., 16 janvier 1888.S.88.1.121. 1re espèce. Arrêt.— Colin et Capitant, t. II, p. 336.

militaire, en l'utilisant, ne sollicite pas de son partenaire un avantage personnel ; il ne lui demande pas de lui donner quelque chose ou de le lui promettre : en un mot il ne manifeste pas la volonté de se rendre créancier, il ne stipule rien de lui. Il semblerait, en conséquence, que l'acte du déléguant vis-à-vis du délégué ne soit pas une stipulation pour soi-même. Seulement la jurisprudence interprétant cette expression dans le sens libéral que nous avons indiqué plus haut, et comme synonyme d'intérêt personnel, il en résulte que notre convention sera susceptible de présenter l'aspect d'une stipulation. Le déléguant a un intérêt évident en l'affaire, — intérêt d'affection, puisque ce sera le plus souvent pour mettre sa femme et ses enfants à l'abri du besoin qu'il passera cette opération, — intérêt pécuniaire, puisque, étant par hypothèse débiteur du délégataire, il trouve là le moyen de satisfaire à son obligation et de se décharger d'autant. Le profit qu'il retire du pacte, pour être indirect, n'en est pas moins certain. Admettons donc qu'il y ait là stipulation pour soi-même.

Mais trouvons-nous en face une stipulation pour autrui ? Les apparences ont l'air de nous montrer qu'il y en a une. En effet ce que cherche le déléguant, c'est à assurer un avantage à autrui, c'est-à-dire au délégataire, c'est à lui procurer le bénéfice d'une certaine somme d'argent, qui lui sera versée par le délégué. Ne stipule-t-il donc pas pour lui ? Non, car stipuler pour autrui, ce n'est pas seulement vouloir lui conférer un profit matériel, c'est plus que cela : c'est vouloir le rendre créancier, lui conférer un droit, qu'il pourra exercer lui-même contre le promettant. Or le déléguant n'a pas pareille intention ; il ne songe pas à réclamer de l'État un engagement personnel envers le délégataire ; engagement que son débiteur ne pourrait pas prendre raisonnablement, puisque

c'est lui, déléguant, qui va continuer à lui fournir ses services et à acquérir ce droit de créance de son chef ; engagement qui, s'il était jamais consenti, le serait à son détriment, puisqu'il lui faudrait, pour le faire naître, renoncer à une partie de sa propre créance. L'État n'ayant pas motif de s'adjoindre un créancier nouveau. Tout, au contraire, indique que sa volonté est autre, et qu'il entend se réserver la libre disposition de son droit entier. Aux termes de l'article 1121 du Code Civil, en effet, celui qui a fait une stipulation pour autrui n'a plus la faculté de la révoquer dès que le tiers bénéficiaire a déclaré vouloir en profiter ; l'acceptation de ce dernier rend son droit, jusque-là conditionnel et révocable, ferme et sûr ; désormais le stipulant n'aura plus le moyen de l'en priver. Nous ne voyons rien de tel dans la Délégation de solde ; le déléguant conserve toujours le pouvoir de faire cesser par la suite la délégation préalablement souscrite. Le tiers a beau l'accepter, il ne crée rien à son profit, il ne fixe rien sur sa tête ; il n'acquiert pas de droit ; sinon il ne serait pas permis au déléguant de l'en dépouiller à tout moment. Le délégataire ne recueillant aucun droit, nous sommes autorisés à en conclure que le déléguant n'a pas réellement stipulé pour lui ; il n'a pas exigé de l'État une promesse en sa faveur. Son rôle a été différent ; il a averti son débiteur de son désir de faire passer une part de sa solde à telle personne, et il l'a sollicité de bien vouloir la lui remettre pour lui. De stipulation véritable, point ; de demande d'engagement, point davantage ; une mission, une charge, et c'est tout.

En vérité, ici encore, l'organisme juridique dépasserait l'institution qu'il voudrait fonder et soutenir ; il aurait un effet plus énergique que celui qu'elle est capable de produire, une force qu'elle n'est pas à même d'engendrer ; il aurait un effet créateur qui n'est pas du tout de son ressort. Elle se

borne à réaliser un avantage pratique, et n'a pas pour conséquence de mettre à jour un rapport juridique nouveau. Son résultat est limité à la pensée de celui qui l'a conçue : faciliter un transfert de valeur, le simplifier et le hâter, rien de plus. La stipulation pour autrui ferait naître elle aussi un droit au profit du délégataire, une créance et une action à l'encontre de l'État débiteur. Or pour que cela soit, il faudrait que celui-ci, dans sa convention avec le déléguant, ait consenti à s'obliger vis-à-vis du tiers bénéficiaire, à contracter un engagement vis-à-vis de lui : et nous avons vu qu'en pratique les choses ne se passent pas de la sorte. Aussi il nous faut renoncer à essayer d'expliquer la Délégation de solde au moyen des règles de la stipulation pour autrui.

c) A quel organisme serons-nous donc obligés de recourir pour asseoir notre institution sur une base juridique ? D'une part elle ne renferme ni une cession de créance ni une stipulation pour autrui ; d'autre part les textes la qualifient de délégation, et nous avons constaté qu'elle n'en constituait pas une. Mais précisément à ce sujet, le Code Civil mentionne dans l'article 1277 une opération qui peut parfois présenter l'allure d'une délégation, et qui au fond n'en est pas une. « La simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place n'opère point novation. »

Pourquoi n'y a-t-il pas novation ? Parce que cette simple indication, pour employer les termes de la loi, ne manifeste pas suffisamment la volonté des parties de l'opérer, et que la novation ne se présume point (art. 1273, Code Civil). De ce qu'il n'y a pas novation, en résulte-t-il qu'il n'y ait pas non plus délégation, étant donné que celle-ci n'est pas essentiellement novatoire ? Non, sans doute, cependant cette simple indication, trop faible pour constituer novation, l'est aussi pour comporter délégation. Dans cette dernière, en

effet, s'il n'y a pas de toute nécessité substitution d'une obligation nouvelle à une obligation ancienne, il y a quand même création d'une obligation nouvelle : et pour faire naître celle-ci il faut que les parties aient exprimé leur intention à cet égard, et surtout que le débiteur se soit engagé envers le délégataire. L'unique désignation faite par le débiteur primitif à son créancier d'une personne qui doit payer à sa place, ne révèle pas cette pensée, et n'entraîne en rien l'engagement de l'individu constitué pour payer. C'est dans les rapports du débiteur primitif et du créancier une simple convention relative au paiement, à l'exécution de l'obligation, et n'engendrant pas de dette nouvelle. Convention même qui n'est pas indispensable et peut ne pas intervenir ; pour que l'opération se fasse, il suffirait au débiteur de s'entendre avec la personne qu'il s'adjoint ; le créancier non consulté ne saurait s'y opposer : il n'a pas faculté de refuser le paiement qui lui est offert par un tiers (Art. 1236, C. Civ.).

Dans les rapports entre le débiteur primitif et la personne indiquée — et entre eux un accord est nécessaire, cela va de soi — le pacte a toutes les apparences d'un mandat : un individu donne mission et pouvoir à un autre de payer « à sa place » c'est-à-dire pour son compte. Quand cet autre a accepté, le contrat est conclu, et des rapports de mandant à mandataire s'établissent entre les intéressés (1).

On conçoit sans peine les avantages que ce procédé est susceptible de présenter pour le débiteur primitif, surtout s'il est créancier de la personne qu'il désigne pour payer à sa place : ce sera là pour lui un moyen très commode d'effectuer en une seule fois deux opérations différentes, de s'épargner la

(1) V. en ce sens : Dalloz, R. V° *Obligation*, N° 2496. — *Pandectes françaises*, V°. *Obligation*, N° 5423. — Baudry-Lacantinerie, t. II, N° 321. — Planiol, t. II, N° 543. — Hubert, *Thèse*, N° 140, p. 103.

charge d'une réception de numéraire et d'un paiement subséquent, de se reposer du tout sur un tiers. Débarrassé du souci des règlements, il conserve néanmoins tout le bénéfice que sa créance contre l'indiqué est capable de lui procurer, et en demeure titulaire sans partage. En vérité c'est même là une opération plus favorable pour lui qu'une délégation imparfaite, où tout en demeurant débiteur vis-à-vis de son créancier il perd le profit de la créance qu'il possédait sur son propre débiteur. Mais c'est une opération qui l'est moins pour son créancier, et qui par suite n'a qu'une valeur de crédit inférieure. Son utilité pratique n'est cependant pas contestable, d'autant plus que son mécanisme est très simple.

Elle consiste pour une personne, nous l'avons vu, à confier à quelqu'un la charge de payer son créancier à sa place. *Primus* débiteur de *tertius* prie *secundus*, dont il est créancier, de remplir son obligation, pour son compte à lui *primus*, aux mains de *tertius*. Nous avons ici encore trois personnes en jeu : un indiquant, un indiqué et un indicataire, l'indiquant étant débiteur de l'indicataire et pouvant être aussi créancier de l'indiqué. Dès lors n'est-ce pas une situation analogue à celle que nous trouvons en matière de Délégation de solde ? Là aussi nous sommes en présence d'une personne qui confère à une autre, sa débitrice, le soin de payer pour son compte un tiers, son créancier ou une individualité qu'elle entend faire bénéficier d'une certaine somme d'argent. Il y a donc également trois parties en cause, et une convention conclue entre deux d'entre elles au profit d'une troisième. Le militaire en informant l'État qu'il consent délégation d'une portion de sa solde à une personne déterminée, le prie par là même de verser pour son compte la dite somme au délégataire. Tout se passe comme s'il l'investissait du pouvoir de payer, comme s'il lui donnait mandat de le faire. Et,

pour les raisons que nous avons mentionnées plus haut, il n'y aura pas là non plus novation. L'État, personne indiquée, ne devient pas débiteur personnel du tiers ; cette simple indication ne suffit pas pour faire passer la dette sur sa tête. Aussi le tiers bénéficiaire n'acquiert pas de droit propre contre lui.

Jouant le rôle de mandant le déléguant devrait être maître de l'affaire. Les conditions de la délégation devraient être laissées à son entière discrétion, tant au point de vue de celui qui en recevra l'avantage, que de son importance, que de son étendue. Sans doute l'article 18 du Décret du 10 janvier 1912 nous dit bien que la délégation peut être souscrite par le militaire au profit de sa femme, de ses ascendants ou descendants, d'un autre parent ou même d'un tiers. Mais il nous montre en même temps que le montant de la somme déléguée n'est pas abandonnée à la souveraine appréciation du déléguant : celui-ci ne peut transmettre par là qu'une partie de sa solde, au plus la moitié, et encore faut-il, en ce cas, que ce soit en faveur de sa femme, ses ascendants ou descendants. Les autres bénéficiaires éventuels ne seront jamais en droit d'obtenir qu'un cinquième ou un dixième, selon le montant total de la solde.

Ce n'est pas que dans son taux que la Délégation est réglementée ; elle l'est aussi dans sa durée. Sans doute l'article 18 précité § *b* déclare que la durée en est fixée par le déléguant, mais il s'empresse d'ajouter que l'effet de l'acte ne saurait se prolonger au delà de la limite d'un mois après la cessation de l'État de guerre. Institution créée en vue de la guerre, elle ne doit pas subsister quand celle-ci a cessé ; son fonctionnement doit s'arrêter avec l'événement qui lui a donné le jour. Établie pour répondre aux besoins exceptionnels suscités par l'ouverture des hostilités, elle est vouée

à disparaître avec le retour de la vie normale et l'extinction des nécessités extraordinaires.

d) Cette organisation administrative de l'institution, qui la soumet à des conditions précises et impérieuses, restreignant l'initiative individuelle et l'encadrant, nous découvre que nous ne sommes pas ici en matière purement civile, où la volonté particulière est souveraine : la Délégation sort du droit privé pour pénétrer dans le domaine du Droit public. Cette opération juridique, qui est réglementée par la loi non seulement, comme les autres, dans son mode de formation et d'existence, mais aussi, à la différence de celles-là, dans son objet, est-elle bien un mandat au fond ?

Quand une personne donne à une autre mandat de payer un tiers pour son compte, elle est libre de lui conférer ce pouvoir de la façon dont elle l'entend, verbalement ou par écrit. Certes, au premier cas, il pourra se produire par la suite des difficultés de preuve si l'enjeu dépasse 150 francs. Seulement cela n'aura pas empêché le contrat de prendre naissance et vie. Cette personne est libre également de déterminer le montant de la somme qu'elle charge son partenaire de verser à autrui, et, s'il y a lieu à prestations successives, le temps pendant lequel celles-ci devront être faites. En somme prenant l'initiative de l'affaire il lui est loisible de contracter comme bon lui semble.

Les choses ne se passent plus ainsi en notre matière. Le décret du 10 janvier 1912 (art. 18 et 18 *a*) nous dit que le militaire qui veut consentir une délégation doit faire connaître sa volonté par écrit ; une manifestation verbale serait inopérante. L'intéressé n'a donc plus le choix du procédé. D'autre part il ne lui est pas permis de déléguer la somme qu'il veut ; la loi, comme nous l'avons vu plus haut, lui impose un maximum qu'il ne saurait dépasser. Enfin il est li-

mité dans la durée qu'il désirerait assigner à la délégation, le cours de cette dernière ne pouvant excéder le mois suivant la fin des hostilités (art. 18 précité). Son initiative individuelle est donc bien restreinte ; il ne fixe pas lui-même les conditions auxquelles il entend déléguer ; il se soumet plutôt à celles qui ont été établies au préalable par la loi. Aussi la volonté qu'il exprimera à ce sujet ne créera pas à son profit une situation juridique individuelle ; elle n'aura pour effet que de lui faire appliquer une situation juridique générale, antérieurement existante.

Ce résultat sera-t-il la suite d'un accord entre le déléguant et le délégué ? Si nous examinons les choses telles qu'elles se passent réellement en fait, nous ne trouvons pas trace d'un semblable accord. En face du déléguant il n'y a pas de personne dont la volonté puisse se joindre à la sienne. On ne pourrait en découvrir une qu'en recourant à la fiction de la personnalité morale. Et ce serait là peut-être dépasser les textes de la matière eux-mêmes. L'article 18 *a* du décret précité nous indique en effet : les déclarations en vue des délégations de solde doivent porter énonciation... C'est dire qu'il suffit d'une déclaration de volonté de l'intéressé, d'une demande, d'une soumission ; moyennant quoi l'avantage du régime établi lui sera accordé. Cette déclaration est la condition de son application. *A fortiori* ne saurait-il être question ici d'un contrat véritable. Si le contrat est un concours de volontés en vue de créer des situations juridiques individuelles, et impliquant chez chacune des parties l'intention d'obtenir des effets distincts (1), il est bien évident que nous ne recontrerons pas ici la réunion de pareils éléments.

(1) Cf. Jèze, *Principes de Droit Administratif*, 2e édit., p. 25.

Cependant la manifestation de volonté du déléguant n'aura pas que pour conséquence de lui faire appliquer une situation juridique générale ; elle aboutira aussi en quelque chose à créer à son sujet une situation juridique individuelle, car le militaire a faculté de fixer, dans la mesure que nous avons dite plus haut, le montant de la Délégation et sa durée. Si, en tant que déléguant il se trouve placé dans une situation uniforme, en tant que déléguant de telle somme et pour une telle durée, il crée une situation particulière. Sa volonté unilatérale est capable de faire naître celle-ci (1) ; et ces deux situations sont susceptibles de coexister, tout acte étant un ensemble des unes et des autres (2). D'autre part le pouvoir du déléguant d'interrompre la concession quand il l'entend, résultant du réglement qui lui permet, sauf limitations, de fixer la durée à son gré, s'explique aisément par l'application à lui faite du régime légal.

Il n'y a donc pas contrat, mais acte condition ; pas rapports de mandant à mandataire (3), mais soumission d'une

(1) Cf. Jèze. *op. cit.*, p. 24.

(2) Cf. Jèze, *op. cit.*, p. 11. V. aussi p. 26, note 1 *in fine*, et p. 31.

(3) La délégation n'est pas un simple mandat, sans quoi il n'eût pas été nécessaire de la réglementer de cette façon : il eut suffi d'en appeler aux principes ordinaires de l'institution : le fait qu'on a entouré les pouvoirs de celui qui serait le mandant, de restrictions si grandes qu'on le dépouille presque de toute initiative, défend une semblable assimilation. Cependant, pour n'être pas un mandat, cette institution n'en produit pas moins parfois des effets analogues : ainsi l'État sera libéré envers le déléguant, son créancier,de la portion de la solde qu'il a payée pour lui au délégataire. Pourquoi ? S'il y avait eu mandat, c'eut été en vertu des principes mêmes de l'obligation : le débiteur qui paie aux mains d'un tiers sur l'ordre du créancier exécute son obligation comme s'il avait payé aux mains du créancier lui-même, et il est libéré d'autant : en ce cas, en effet, il s'opère une compensation : l'indiqué, débiteur de l'indiquant, devenant son créancier par paiement fait pour lui au tiers : comme, d'après l'intention même des parties, cette dette est exigible quand la première l'est, elles s'éteignent toutes deux jusqu'à concur-

personne à un statut déterminé, qui établit sa situation ; de plus la volonté de cette personne donne à son acte, en dehors de ses caractères généraux et uniformes, certains aspects particuliers et individuels.

Sous une forme concrète le tout aboutit à ceci : une partie

rence de la plus faible. Ici, au contraire, nous n'admettons pas qu'il y ait contrat : cette libération, résultat d'une compensation, ne saurait donc s'opérer. Mais si le déléguant ne peut prétendre toucher la portion de solde qui a été payée pour lui au délégataire, c'est en vertu du principe que l'enrichissement sans cause est prohibé tant par la loi (art. 1376 du Code civil) que par l'essence même du droit : or il y aurait pour lui enrichissement sans cause s'il obtenait la totalité de sa solde alors que sur sa demande une partie a servi à éteindre sa dette.

De même supposons que l'indiqué paie à une personne autre que celle désignée. S'il y avait eu mandat, l'indiqué n'en devrait pas moins toute la somme à l'indiquant, le mandataire répondant des fautes qu'il commet dans sa gestion (art. 1992 C. civ.). S'il y a délégation (entendue dans le sens que nous lui avons donné), l'État devra aussi la solde entière au militaire parce qu'en l'espèce la soumission au régime légal que celui-ci avait souscrite ne joue pas, ses conditions de fonctionnement n'étant pas remplies.

D'autre part, il y avait sous le régime du décret de 1912 une autre ressemblance entre le mandat et la délégation, qui a été abolie postérieurement. De même que la mort du mandant révoque le mandat, la mort du déléguant mettait fin à la délégation et de plein droit (art. 18 *b*). L'assimilation semblait parfaite. Mais le décret du 9 octobre 1914 est venu dans son art. 2. décider que les délégations consenties (comme aussi, nous le verrons plus loin, les délégations d'office) seraient payées aux ayants droit jusqu'à la cessation des hostilités, quel que soit le sort du militaire intéressé. S'il y avait mandat ce serait une entorse à tous les principes reçus. Aux termes de l'art. 1991 du Code civil le mandataire est bien tenu en cas de mort du mandant de continuer sa gestion, mais seulement pour « achever la chose commencée », et « s'il y a péril en la demeure ». Au cas de mort du militaire la chose commencée est par là même achevée, puisque la créance dont il avait délégué partie est éteinte. D'un autre côté, quelle que soit la situation malheureuse du délégataire, on ne peut dire à proprement parler qu'il y ait péril en la demeure. Enfin était-ce là la volonté du déléguant ? On ne s'en préoccupe pas.

Cette disposition nous prouve encore que nous ne sommes pas ici en face d'un contrat, — car comment subsisterait-il alors qu'il n'y a plus qu'une de ses parties en vie ? — mais d'une institution légale, dont un

confère directement à une autre le bénéfice d'une certaine somme d'argent, somme que cette autre ne recevra pourtant pas des mains de son partenaire, mais de celles d'un tiers agissant pour son compte. Cela nous montre que ce que le déléguant cherche à accomplir par cette opération, c'est avant tout un acte matériel, un transfert de valeur, même un transfert de numéraire. Certes, à cet acte matériel correspondra un acte juridique quelconque : paiement, c'est-à-dire exécution d'une obligation, don, prêt, dépôt, mandat, car le fait de confier des deniers à quelqu'un trouve toujours une caractérisation en droit. Seulement cet acte juridique n'est pas le but poursuivi par le déléguant : celui-ci entend en premier lieu réaliser une remise de fonds. Aussi en souscrivant la Délégation il n'a aucunement l'intention de se dépouiller de sa créance au profit du tiers délégataire ; ce qu'il n'a pas voulu ne se produit pas : il en demeure investi.

En face de lui, il n'a pas ici, à proprement parler, et comme dans la délégation véritable, un délégué : ce dernier ne saurait exister, nous l'avons déjà dit, que grâce à la fiction de la personnalité morale. Est-il utile d'appeler cette notion à l'aide ? Les choses ne peuvent-elles s'expliquer autrement ? Si, nous l'avons vu aussi, en acceptant cette idée que le déléguant se soumet par sa manifestation de volonté à l'application d'un régime préétabli, organisé à l'avance, et qui va assurer l'exécution de cette volonté.

Quant au tiers délégataire, il n'acquiert du fait de l'acte du déléguant aucun droit nouveau : il reste vis-à-vis de lui

texte nouveau peut modifier les conditions précédentes de fonctionnement. Le militaire disparu, le statut légal dont il avait demandé l'application continuera à jouer au profit de la personne à laquelle il avait voulu en réserver l'avantage : la loi peut faire ce dont un concours de volontés individuelles serait incapable.

dans la situation qui était la sienne antérieurement (1).

Ainsi donc la Délégation de solde nous apparaît comme un acte propre, une institution *sui generis*, de nature complexe. Union de situations juridiques générales et individuelles, elle produit, avec un effet infiniment moindre, un résultat analogue à celui que donne la délégation véritable, et par un procédé qui fait songer à celui du mandat. Mais l'assimilation avec l'un ou l'autre de ces organismes nous semble impossible : l'institution a une physionomie particulière : il faut la lui reconnaître (2).

(1) Cette institution manque en partie son but, pourrait-on dire, si elle n'aboutit pas à attribuer un droit à la personne constituée bénéficiaire. Sans doute elle perd ainsi de son utilité, et elle ne rend pas au point de vue du crédit tous les services qu'elle pourrait rendre. Mais c'est que l'objet poursuivi ici n'est pas le même que celui visé dans la délégation véritable. Ici le déléguant ne cherche plus comme là à faire exécuter son obligation par un tiers, et par suite à faire engager ce tiers vis-à-vis de son propre créancier. Au contraire, il veut exécuter son obligation lui-même, et c'est pour y arriver plus aisément qu'il demande à autrui d'effectuer pour lui le paiement qu'il n'est pas à même de réaliser en personne. Que l'on trouve dans cette opération un mandat ou un acte spécial, la condition du tiers n'en variera pas. S'il y a mandat, ce contrat relatif à l'exécution de la dette du délégué ne soumet pas ce dernier à une obligation envers le délégataire ; donc celui-ci n'acquiert aucun droit contre lui. D'autre part, s'il y a acte-condition, comment pourrait-il être question de la création d'un droit au profit du délégataire ? Ce droit, en effet, devrait exister à la charge du délégué, et ce dernier fait défaut ! Le tiers bénéficiaire, à la différence du légataire véritable, n'obtiendra donc ici qu'une satisfaction ou un avantage, mais non une créance.

(2) La pratique nous montre une institution qui produit un résultat analogue à celui de la délégation de solde. C'est celle connue sous le nom de procuration. Une personne se trouvant dans l'impossibilité de toucher elle-même une somme de son débiteur donne procuration à une autre de toucher pour elle : par exemple, un fonctionnaire en signe une au profit de sa femme, pour lui permettre de demander, durant sa mobilisation, paiement de son traitement. Il s'agit ici d'un mandat de recevoir. La personne indiquée recevra donc, non pour elle, mais pour le compte du mandant. C'est là une différence avec la délégation de solde. Elle ne pourra pas faire son profit de la somme perçue, mais en devra compte

B. — Délégation d'Office

L'étude précédente, en nous fournissant l'occasion d'établir ce qu'est cette institution qualifiée délégation, va nous permettre d'aller ici plus vite en besogne.

La Délégation d'office est celle qui, comme nous l'avons vu antérieurement, est instituée par décision ministérielle, au profit des femmes, descendants ou ascendants des militaires et assimilés, mobilisés ou faisant partie d'un corps expéditionnaire (art. 18, Décret 10 janvier 1912), sur la demande formulée par ces personnes et avec l'approbation ultérieure de l'intéressé (Décret du 9 octobre 1914, art. 1 et 4).

1° *Analyse.*

Ici encore l'opération met trois parties en présence : le militaire au nom de qui la délégation sera faite ; le tiers qui est destiné à en bénéficier ; le débiteur de la solde, l'État, qui la réalisera. Seulement, il ne saurait plus y être question d'un triple concours de volontés, puisqu'en fin de compte nous avons reconnu que l'un des partenaires, l'État, n'a d'existence que par fiction, et ne peut par conséquent émettre de consentement. Celui du délégataire, au contraire, qui n'était pas nécessaire dans la Délégation volontaire, le

au mandant. Sans doute, se séparant encore en cela du délégataire, elle sera en mesure d'invoquer un droit, mais ce ne sera pas un droit propre ; ce sera celui du mandant créancier. La personne qui a procuration agit pour le compte d'autrui, c'est-à-dire du créancier même ; rien d'étonnant qu'elle ait une situation plus avantageuse que le délégataire qui agit pour lui en propre. Toutefois, si en apparence la condition de ce mandataire est préférable, au fond elle ne l'est pas, puisqu'il n'a qu'une personnalité d'emprunt et ne doit finalement demeurer, en droit, investi de rien de ce qu'il a touché. Le bénéfice que le délégataire recueille, au contraire, lui reste acquis, sauf convention spéciale.

D'autre part, le droit commercial nous montre un organisme de crédit conduisant aussi à un effet de ce genre : le chèque.

devient ici ; il est même maintenant prépondérant, étant donné que c'est de cette partie que l'initiative de l'acte doit émaner, et que son silence l'empêche de voir le jour. D'un autre côté, la volonté du déléguant est également indispensable ; si ce n'est plus de lui que part le premier mot, il a tout de même encore une parole à dire, et très importante, son opposition entraînant la chute de la combinaison. En somme son rôle est renversé : au lieu d'intervenir en premier, il se présente désormais en dernier, mais la valeur de sa manifestation de volonté n'en est pas moins souveraine ! La Délégation volontaire ne pouvait naître que par lui ; la Délégation d'office ne peut se maintenir qu'avec lui.

Ce n'est donc plus le déléguant qui fera établir l'acte dont il sera l'objet ; c'est le délégataire qui en sollicitera l'institution à son profit, selon des formalités qui ont été réglées par la Note Ministérielle du 13 octobre 1914 (1). En possession de la requête, les services compétents la soumettront au Ministre : celui-ci décidera.

2° *Quelle est l'opération juridique que le Ministre scellera ainsi ?*

Quel y est le rôle de l'État débiteur qu'il représente ? Telle est la question qui se pose aussitôt, semblable à celle que nous avons rencontrée en l'autre matière (2).

(1) V. *J. Off.* du 18 octobre 1914.

(2) Le point de savoir si cette décision entraîne un engagement à la charge de l'État, et un droit à son encontre au profit du délégataire, n'a plus besoin d'être examinée ici ; les développements que nous avons donnés à ce sujet lors de l'examen de la délégation volontaire, ont montré que quel que soit le procédé juridique auquel on se range, une telle obligation ne pouvait être imputée à l'État, ni une telle créance attribuée au délégataire : les raisons que nous avons invoquées alors valent ici aussi, et avec plus de force encore ; la solution proposée à cette occasion se justifie, croyons-nous, en celle-ci également, et davantage même. Aussi il ne faut pas songer à trouver en cette opération une délé-

a) A première vue, et à s'en tenir aux apparences, il semblerait que l'on puisse se dire : aucune convention n'ayant été passée au préalable à ce sujet entre le déléguant et l'État, celui-ci, en instituant la Délégation au nom du militaire, agit en qualité de gérant d'affaires de ce dernier. Si gérer les affaires d'autrui, c'est faire quelque chose dans l'intérêt d'autrui, sans en avoir reçu l'ordre, de son propre mouvement (1), il peut paraître que l'on soit ici en présence d'une telle opération. Mais l'analyse confirme-t-elle cette hypothèse ?

La gestion implique comme principes constitutifs un élément intentionnel : la connaissance de cause, la volonté de gérer l'affaire d'autrui, art. 1375 du Code civil (argument du mot volontairement) — et un élément matériel : un acte de gestion des affaires d'autrui, c'est-à-dire un acte d'administration du patrimoine véritable d'autrui. Rencontrons-nous ici ces deux éléments ?

L'État a-t-il l'intention, en se comportant de cette façon, de gérer les affaires du militaire ? On peut croire que oui, puisqu'aussi bien il n'a aucun intérêt propre à opérer de cette manière le règlement de sa dette ; s'il s'y résout c'est pour remplir une obligation personnelle à son créancier, pour l'obliger. Cette interprétation se voit confirmée par un passage du rapport du Ministre de la Guerre présentant au chef de l'État le projet du Décret du 9 octobre 1914. M. Millerand disait : « Les intéressés se sont trouvés hors d'état d'user de cette faculté (Délégation volontaire).... Il nous a paru que la solution la plus rationnelle était, pour l'administration de la guerre, de substituer son action à celle qui a fait défaut à

gation, comme son nom le laisse croire, cet élément essentiel que constitue l'engagement du débiteur ne se présentant pas.

(1) V. Colin et Capitant, t. II, p. 710.

l'origine, et de créer une Délégation d'office... (1) ». Voilà donc posée en principe, la volonté de l'État de tenir la place du militaire défaillant, et de faire pour lui ce qu'il a omis d'effectuer. D'autre part, l'État va-t-il, en agissant de la sorte, *gérer* les affaires d'autrui ? Son intervention est-elle un acte de gestion ? Mais précisément ce qu'il fait, ce paiement pour autrui, qu'autorise l'article 1236, n'est-il pas un acte de gestion type ? L'élément matériel est ainsi à son tour réalisé. La Délégation d'office serait par conséquent une gestion d'affaires.

On pourrait être tenté d'admettre cette explication séduisante si le Décret du 9 octobre 1914 ne venait pas nous apporter une disposition inconciliable avec cette notion. L'article 4, en effet, nous déclare que le militaire à la charge de qui une Délégation d'office a été instituée doit en être prévenu par une notification, et qu'il a alors le droit de s'opposer à son maintien. Dès qu'il a connaissance de l'acte, le déléguant a donc le choix entre deux partis : ou bien consentir à la Délégation, et son consentement tacite sera présumé, en vertu de l'adage : « Qui ne dit mot consent », par cela seul qu'il ne fera pas opposition — ou bien refuser son acceptation, et, par une déclaration écrite, anéantir l'opération accomplie pour lui. Sans doute dans la gestion d'affaires, le maître peut bien ratifier l'opération passée pour son compte, mais cette ratification n'est pas essentielle ; sans elle la gestion n'en existe pas moins, pourvu que l'affaire ait été bien administrée (art. 1375). Sans doute aussi le maître peut refuser d'accepter l'acte du gérant, mais à condition seulement que l'affaire n'ait pas été bien administrée, c'est-à-dire qu'elle n'ait pas réussi, qu'elle n'ait pas produit de

(1) V. Décret du 9 oct. 1914, *J. Off.* du 11.

résultat utile, et même, si elle n'a rien donné, qu'elle n'ait pas été bien conduite. Hors de là il est lié par elle : il ne peut s'y opposer par mauvaise volonté ou par caprice. Dans la Délégation, au contraire, le militaire a un droit absolu d'opposition ; le texte lui accorde cette faculté sans réserve : il n'a pas à indiquer les motifs qui l'incitent à agir ainsi ; quand bien même il n'en aurait point, il est libre de repousser l'initiative de l'autorité. Est-ce une gestion d'affaires que cette opération où l'intéressé, même si son affaire a été bien administrée — et elle le sera souvent, pour ne pas dire toujours, puisque la Délégation fait exécuter pour lui des obligations dont il est tenu de par la loi elle-même — a la faculté de n'en pas tenir compte et de se considérer comme y étant étranger ? Ce droit absolu d'opposition est en antinomie avec la notion de gestion d'affaires.

D'un autre côté les conditions de fonctionnement de la Délégation ne sont pas celles de la gestion d'affaires. Si, aux termes des articles 1372 et 1373, le gérant est tenu d'achever l'acte qu'il a commencé, encore que le maître vienne à mourir, il n'est pas obligé d'en faire de nouveaux. Or, selon l'article 2 du Décret du 9 octobre 1914, la Délégation une fois instituée continuera à fonctionner jusqu'à la cessation des hostilités, quel que soit le sort du militaire intéressé. Est-ce là achever l'acte commencé ? Sans doute, si on entend par acte la gestion elle-même, l'initiative qui a fait entamer les opérations. Mais cette délégation se résout en une série de prestations successives, d'actes de gestion distincts. Peut-on imposer au gérant l'obligation de les renouveler jusqu'à la cessation des hostilités, alors même que le géré serait mort ? Une telle obligation dépasserait, ce nous semble, le cadre de la gestion d'affaires : le gérant, qui intervient pour rendre service, ne peut se voir contraint à des charges aussi lourdes

d'autant plus que la mort du géré entraînera extinction vis-à-vis de lui de la dette dont il était tenu à son égard.

Enfin la gestion d'affaires implique la représentation. Une fois l'affaire accomplie, et pourvu qu'elle ait été bien administrée, la personne du gérant disparaît : tout se passe comme si l'acte avait été exécuté par le géré lui-même : c'est lui qui est censé avoir agi ; en conséquence, c'est lui qui est libéré par le paiement effectué pour son compte. Seulement pour que cette fiction de la représentation puisse s'appliquer, il faut que deux personnes se trouvent en rapports, le géré et le gérant, celui-ci empruntant la personnalité de celui-là. Ces deux personnes se rencontrent-elles dans la Délégation ? Nous y voyons bien le militaire, qui serait le géré ; nous n'y découvrons pas le gérant ; en face du déléguant, il n'y a qu'un anonymat, l'État. Comment prêter à cette entité l'intention de faire l'affaire d'autrui, la faculté de représenter autrui, la raison exigeant que pour représenter et être capable de volonté il faille d'abord exister ? On n'y arriverait qu'en recourant à une deuxième fiction, celle de la personnalité morale. Combien cette conception correspondrait peu à ce que nous montrent les faits qui laissent le déléguant seul, sans aucun être en relation avec lui et ayant le désir de l'obliger. Moins encore qu'en matière de Délégation volontaire, cette fiction se justifierait ici : les considérations pratiques qui nous l'ont fait écarter précédemment nous conduisent maintenant encore à l'abandonner. Au fond, pas plus qu'il n'y avait contrat, ni mandat, au cas de Délégation volontaire, pas plus il n'y a quasi-contrat, ni gestion d'affaires, au cas de Délégation d'office.

b) ***Qu'y a-t-il donc*** ? — L'article 4 du Décret du 9 octobre 1914 nous dit que la Délégation se réalisera au moyen d'une retenue correspondant à son montant, effectuée sur la

solde. N'est-ce ainsi qu'une simple retenue, analogue à celles qu'il est permis au Ministre de prescrire pour cause d'aliments, dans les circonstances des articles 203, 205, 214 et 349 du Code Civil (1) ? Mais une telle retenue ne peut, d'après les règlements actuellement en vigueur, excéder le tiers de la solde nette (2). Or, nous savons que la Délégation imposée porte sur la moitié de celle-ci (3). Il y a déjà là un élément de différenciation qui nous prouve que, sous des noms divers, ce n'est pas une seule et même institution qui fonctionne. Il en est d'autres encore. Le décret du 9 octobre 1914 nous déclare que cette Délégation sera opérée au moyen d'une retenue correspondante effectuée, sur la solde du militaire. Si l'on indique ainsi que pour la réaliser on utilisera le procédé de la retenue, c'est qu'elle ne consiste pas elle-même en une simple retenue : autrement il eût été inutile de lui donner une qualification nouvelle. Et, en effet, elle se sépare d'une retenue ordinaire. Celle-ci s'impose au militaire qui en est l'objet ; elle est édictée à son encontre, et sa volonté est impuissante à la faire lever. La Délégation, au contraire, ne soumet pas l'individu à une telle contrainte ; elle est instituée pour son avantage ; et, s'il estime qu'il n'en est pas ainsi, il a le droit de la repousser et de s'en libérer. Les deux organismes ne concordent donc pas, et ce n'est pas une simple retenue qui a été créée sous le nom de délégation d'office.

c) Par ailleurs, si nous examinons l'institution dans son fonctionnement, nous voyons qu'elle se traduit en une demande adressée par le bénéficiaire éventuel au débiteur de son débiteur, sollicitant allocation à son profit d'une partie de la somme dont il est ou sera redevable envers ce dernier.

(1) V. Décret du 10 janvier 1912, art. 36.*e*.
(2) *Ibid., loc. cit.*
(3) Décret 9 octobre 1914, art. 4.

C'est là une opération qui présente quelque analogie avec la saisie-arrêt ; d'autant plus qu'après avoir exigé comme elle l'initiative de la personne appelée à en recueillir l'intérêt, elle exige en outre, et comme elle aussi, une notification au débiteur primitif. Seulement la saisie-arrêt porte défense de payer et non plus simple requête de ne pas le faire ; d'un autre côté, et à l'inverse, le saisi n'a que faculté de solliciter la mainlevée, non droit de la réclamer comme le déléguant ; enfin l'opposition validée entraîne attribution de la somme saisie au saisissant, tandis que la délégation acceptée ne vaut que consentement à paiement. Sans parler, bien entendu, de la procédure, grandement simplifiée en notre matière, la saisie-arrêt se présente avec une force et une rigueur que notre institution n'a point.

d) Si bien qu'en fin de compte celle-ci nous apparaît comme l'application faite à une personne, sur la requête d'une autre, mais avec sa propre acceptation, d'un régime légal préexistant. Au lieu que ce soit l'individu objet de la mesure qui en sollicite l'établissement, comme dans la Délégation volontaire, c'est le futur bénéficiaire qui le fait. Il s'adresse à l'Administration chargée de payer son débiteur, et lui demande à profiter du règlement aux termes duquel partie de la solde de ce dernier peut lui être déléguée. Sur sa manifestation de volonté l'institution sera prescrite, retenue correspondante sur le traitement du militaire sera ordonnée en sa faveur. Mais le statut ainsi mis en œuvre ne l'est que par interprétation de la volonté probable de l'intéressé — le Décret du 9 octobre 1914 repose, nous l'avons vu (1), sur une présomption de l'intention du déléguant — et par conséquent ne l'est pas de façon définitive et absolue. Son application,

(1) V. p. 54-55.

faite à titre provisoire et conditionnel, ne sera réellement opérante que si elle rencontre l'adhésion du débiteur qu'elle atteint ; si elle ne l'obtient pas, elle avortera et sera déclarée non avenue.

L'institution de la Délégation d'office nous apparaît ainsi, par rapport au militaire, comme une offre d'application du statut légal de la Délégation, offre portée à sa connaissance par la notification qui lui en est signifiée. Dès que l'intéressé y aura donné son consentement — lequel sera pour ainsi dire toujours tacite, et résultera de sa réception, sans protestation, de sa solde diminuée — l'organisme commencera son fonctionnement régulier. Celui qu'il aura pu avoir auparavant se trouvera validé par cette acceptation même, la condition à laquelle il était subordonné rétroagissant, une fois réalisée, au jour où l'acte est intervenu. Si le déléguant refuse son assentiment à la proposition qui lui est présentée, la volonté qu'on lui avait supposée apparaît comme inexistante, et l'institution qu'elle fondait tombe. Aussi l'État qui a payé par anticipation le délégataire a droit de lui en réclamer remboursement (Art. 4, Décret 9 octobre 1914) ; il avait cru agir, en effet, pour le compte du déléguant ; celui-ci manifestant qu'il n'avait pas l'intention d'effectuer lui-même semblable opération, il se trouve avoir payé pour son propre compte ; or en tant que tel, il ne devait rien au délégataire ; il a donc payé l'indu et peut le répéter (Art. 1235 C. Civ.)(1). En accordant, au contraire, son assentiment, le déléguant se soumet par là même au statut de la délégation ; dès lors

(1) Remarquons en passant que ceci nous prouve qu'il n'y a pas dans cette opération engagement de l'État, délégué, envers le délégataire ; car il ne saurait alors, après avoir payé, exiger la répétition : il aurait, en effet, acquitté une dette par lui-même contractée.

toutes les conséquences que celle-ci emporte lui seront applicables.

Cette analyse nous permet de voir le véritable caractère de la Délégation d'office. Au fond c'est, de même que la Délégation volontaire, un acte condition. La manifestation de volonté, condition de l'application du statut légal, émane bien toujours de l'intéressé. Seulement, au lieu de s'exprimer d'elle-même et de son propre mouvement, elle est provoquée par un tiers qui sollicite du déléguant sa soumission au régime légal. Quand celui-ci fonctionne, il place l'individu dans une situation juridique générale, uniforme, situation du militaire déléguant d'office, qui est la même pour tous, puisque cette mesure porte invariablement sur la moitié de la solde, et profite de semblable façon aux seules personnes prévues par le texte, c'est-à-dire aux parents. Voilà à quoi aboutissent le mécanisme de la Délégation d'office et le droit absolu d'opposition reconnu à l'intéressé.

En somme, nous constatons ainsi que cette délégation d'office n'a de la Délégation que le nom, et du caractère d'office que le nom aussi. Ce dernier terme trompe : au point de vue administratif une mesure d'office est une mesure impérative, prescrite par l'autorité, et n'ayant pas besoin pour son application du consentement de la personne qu'elle vise. Tel serait par exemple l'acte de l'administration substituant son initiative à celle qui a fait défaut à l'origine, et créant une Délégation au profit des familles, ainsi que M. Millerand justifiait, dans le rapport précédant le Décret du 9 octobre 1914, l'intervention du Ministre. L'organe admis a-t-il réellement ce caractère ? L'institution est d'office, en ce sens qu'elle est mise en œuvre sans l'action du mobilisé ; mais, d'un autre côté, elle ne l'est pas, en ce sens qu'elle ne s'impose pas et peut être écartée par sa simple opposition, fondée ou

non, sans recours possible pour le tiers lésé. D'autre part, elle n'est pas prescrite de plein droit : il faut pour l'établir une demande du bénéficiaire éventuel. On a voulu réserver aux militaires la faculté de remplir eux-mêmes leurs obligations et de la manière qui leur conviendrait le mieux ; ce n'est qu'à défaut d'initiative de leur part que l'autorité engage la sienne. Enfin cette demande même ne suffit pas pour que la Délégation entre en jeu : il faut pour cela une décision du Ministre. Pourquoi donc le résultat n'est-il pas acquis par le fait même de la requête ? Il semble que l'on ait hésité devant les conséquences logiques du système : on n'a pas osé conférer aux personnes désignées le droit d'obtenir la délégation *ipso facto* : leur qualité de parents n'a pas paru assez déterminante pour le leur attribuer. Comme il s'agissait de faire application d'un acte réglementaire lésant ses droits, — sous réserve de son acceptation pourtant — à un individu qui ne l'avait nullement sollicitée, on a cru nécessaire d'exiger l'acquiescement de l'autorité suprême, elle seule disposant d'un pouvoir assez étendu pour prescrire pareille mesure.

Tout cela nous montre que l'on s'est efforcé en cette matière de réaliser un compromis entre les deux institutions, la délégation volontaire jugée insuffisante, et la Délégation d'office estimée trop absolue. On a voulu reconnaître les légitimes besoins des proches, tout en ménageant les droits personnels du militaire. On a entendu ne pas porter une entorse trop grave au principe de la liberté individuelle, au risque d'oublier l'intérêt de la famille, et par là même celui de la société. On a entendu indiquer au mari, au père, au fils, qui se trouve loin de sa femme, de son enfant, de son ascendant, quel était son devoir ; on n'a pas osé sanctionner par là les obligations que la loi, tout autant que la conscience, met à sa charge. D'une institution qui pouvait être un instrument de

progrès efficace, on a fait un outil de circonstance, utile certes, mais trop facilement voué à la stérilité : en le privant de son caractère de contrainte, on le prive de sa meilleure raison d'existence. Loin d'opérer une évolution dans le système de protection des créanciers alimentaires, il aboutit bien plutôt, au regard de certaines personnes spécialement de la femme, et par rapport à la loi du 13 juillet 1907, à consacrer une régression. Timide mise en œuvre du principe interventionniste dans le domaine familial, il remédie à l'ignorance du débiteur alimentaire, à sa négligence, non à son mauvais vouloir : et c'est ce calcul là surtout qu'il eût fallu déjouer et vaincre.

CONCLUSION ET AVENIR DE LA DÉLÉGATION

Organisée en vue de la guerre et pour pallier aux inconvénients qu'elle engendre, notamment au sein de la famille, la délégation, volontaire ou d'office, est destinée à cesser son application avec les hostilités elles-mêmes (1). Sans doute, à ce moment, l'un des motifs qui ont fait élaborer cette institution et sa double forme aura disparu : la dispersion des membres de la famille aura pris fin ; les individus débiteurs d'aliments ne rencontreront plus les mêmes difficultés pour remplir leurs obligations. Est-ce à dire cependant que toute la raison d'être de ce procédé se sera évanouie ?

(1) Décret du 10 janvier 1912, art. 18 *b*, *Bull. off. Min. Guerre*, vol. LXXXVIII, et Décret du 9 octobre 1914, art. 2., Dall. Guerre 1914, t. I, p. 212.

On peut à la rigueur l'admettre pour la Délégation volontaire, le chef de famille vivant normalement avec les siens et n'ayant donc pas de transfert à effectuer pour leur procurer le numéraire dont ils ont besoin pour vivre. (Il ne serait pourtant pas difficile de trouver des cas où cet organe serait encore d'un emploi utile : ainsi pour le militaire affecté à un poste de la métropole ou de l'étranger où ses proches ne peuvent, pour des considérations quelconques, le suivre.) Mais il n'en est plus de même pour la délégation d'office — ou du moins il ne devrait pas en être de même pour elle. Si celle-ci, en effet, répondait vraiment à son nom et à l'idée qui paraît l'avoir inspirée, elle serait susceptible, la guerre terminée, de rendre encore des services.

Les militaires demeurant à l'Armée à titre professionnel, qui négligent d'assurer la subsistance de leur femme et de leurs enfants, devraient pouvoir être soumis à une véritable délégation d'office. Sans doute, les alimentaires ne sont pas dénués de toute protection : le décret du 10 janvier 1912, art. 36e, leur donne, comme nous l'avons vu précédemment, la faculté d'obtenir une retenue sur la solde de leur débiteur. Seulement cette retenue, qui ne peut excéder le tiers du traitement net de l'intéressé, risque fort souvent d'être insuffisante, par exemple si elle est demandée par la femme, tant pour elle que pour les enfants. D'autre part, elle ne peut être opérée que dans certaines conditions limitativement déterminées. D'après le décret du 10 janvier 1912, art. 36e (1), le Ministre ne peut les prescrire que dans les cas des articles 203, 205 et 214 du Code Civil, et lorsqu'un jugement a mis à la charge du militaire visé le paiement d'une pension alimen-

(1) V. Décret du 10 janvier 1912, *Bull. off. Min. Guerre*, t. LXXXVIII, p. 36.

taire. Pour obtenir la retenue les bénéficiaires éventuels, c'est-à-dire l'épouse, ou les enfants, ou les ascendants, doivent donc non seulement entamer une procédure administrative, mais aussi au préalable une procédure judiciaire et faire condamner leur débiteur à servir une pension. Toutes formalités qui se heurteront peut-être à de graves difficultés, et exigeront en tout cas, pour leur accomplissement, un délai prolongé. En attendant, cependant, il faut vivre. En quoi la famille du militaire, la femme surtout, sont-elles ainsi protégées ? C'est un régime qui, dans une société décidée à assurer la reconnaissance de la personnalité indépendante de l'épouse, ne saurait être admis. Certes, ce système ne laisse plus au débiteur, comme dans la délégation d'office, toute liberté d'exécuter sa dette ou non selon sa convenance ; pourtant il n'en met pas moins le créancier dans une condition subordonnée, peu en rapport avec le droit dont il est investi.

D'un autre côté ce statut légal capable de recevoir en temps de guerre une application importante, à raison des gros effectifs de l'armée, verra son domaine diminuer, dès que ceux-ci seront libérés. Toutefois la délégation subsistera encore, à titre volontaire, pour les militaires en service aux colonies, selon les dispositions des décrets du 23 décembre 1897 (art. 134) et 10 janvier 1912 (art. 18) — ainsi que pour les fonctionnaires de l'administration coloniale. Elle subsistera aussi, et dans les mêmes conditions, pour les marins de la flotte, selon le décret du 11 août 1856 (art. 74). Dans l'un comme dans l'autre de ces cas, des retenues d'offices peuvent d'ailleurs être prescrites par l'autorité compétente, pour assurer des aliments aux personnes visées par les articles 203, 205, 214 du Code Civil.

Tout cela ne concerne en somme que des citoyens soumis à un régime militaire ou militarisé. Il y a plus encore. Selon

l'Arrêté Ministériel du 22 mars 1862, les marins naviguant au commerce peuvent, lors de la revue de départ passée par l'Administrateur de l'Inscription maritime, consentir délégation d'une portion de leur solde au profit de leur famille (1). Sans doute les marins du commerce eux-mêmes sont soumis à une réglementation qui a bien quelque chose de militaire. Ils ne jouissent pas d'une entière liberté ; ils sont placés, tant pour leur engagement, leur paiement, que leur débarquement, sous la dépendance de l'autorité, et leurs fautes sont réprimées par des tribunaux spéciaux. Néanmoins, en dehors de leurs obligations maritimes proprement dites, ils conservent leur indépendance d'allure et de vie ; ils ne sont pas embrigadés dans un corps, ni soumis continuellement à une règle de conduite imposée. C'est pourquoi il est intéressant de leur voir la délégation ouverte. Elle ne leur a d'ailleurs été permise que tardivement, et à titre volontaire seul. Les différences qui les séparent des militaires véritables ont paru telles que l'Administration n'a pas osé leur appliquer la délégation d'office, ni la retenue pour aliments ; ce pouvoir n'appartient qu'aux tribunaux.

Nous voyons ainsi que, la guerre terminée, il ne restera rien de la délégation d'office. Comme une telle institution, pourvue de la contrainte nécessaire, serait utile cependant, et pour cette période qui suivra la fin des hostilités avant tout. Ce n'est pas faire œuvre de prévision présomptueuse que de craindre qu'à cette époque beaucoup de foyers ne soient désunis, et bien des épouses et des enfants délaissés.

(1) Cette portion est variable selon le grade de l'individu. Le capitaine peut faire une délégation illimitée, les officiers, pour moitié, les matelots, pour un tiers au plus. D'après MM. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, 4e édit., t. V, N° 373, p. 288-89, ces limites peuvent être dépassées si l'armateur y consent.

Comment ceux-ci obtiendront-ils le nécessaire pour vivre, étant donné surtout la jurisprudence, qui, ainsi que nous le constaterons plus loin, refuse d'accorder à l'un des conjoints une pension alimentaire contre l'autre tant que dure leur vie en commun. Il est probable aussi qu'avec l'activité économique qu'exigera le relèvement du pays, bon nombre d'époux seront obligés de vivre plus ou moins longtemps séparés : la distance amène souvent la négligence, quand ce n'est pas l'oubli ! Marins du commerce, commis-voyageurs, colons, fonctionnaires, employés des transports, appointés et salariés de toutes sortes, seront astreints plus que jamais à passer des semaines et des mois loin des leurs. Comment, s'ils méconnaissent leur devoir les forcer à le remplir, et à exécuter leurs obligations ? Évidemment, en certains cas, la loi du 13 juillet 1907 pourra bien apporter à la femme un remède. Mais la situation du mari ne permettra pas toujours l'emploi de ce procédé ; ce que cet époux recevra, en effet, ne consistera pas invariablement en un salaire ou une rémunération susceptible de saisie. D'autre part, alors même que ce moyen serait possible, son application entraînerait le plus souvent, à raison de l'absence du débiteur (1), des complications et des retards. En attendant la femme doit vivre et faire vivre les enfants. Pourquoi mettre cette obligation à la charge de l'époux si on lui laisse, en pratique, la faculté de s'y dérober ? Pourquoi reconnaître ce droit à l'épouse, si on ne lui donne pas le pouvoir de le réaliser ? C'est vers ce but que tendait

(1) En cas d'absence du mari le recours à la loi de 1907 peut se heurter à de graves difficultés. Car il faut en principe que les parties comparaissent en personne devant le Juge de Paix, le rôle de celui-ci étant ici, comme au début de toute instance, d'essayer de concilier les adversaires. On ne saurait se passer de la présence de ces derniers qu'en cas d'empêchement dûment justifié. Au surplus, le jugement autorisant la saisie-arrêt doit être signifié au conjoint : d'où perte de temps.

le décret du 9 octobre 1914. Nous avons vu comment, par cette liberté absolue d'opposition accordée au débiteur, il y manquait. Ne pourrait-on donc pas arriver à assurer le respect des obligations légales ? Puisque le Code assigne à l'homme le soin d'entretenir sa compagne et ses descendants dans la mesure de ses ressources, il faut munir la femme et les enfants d'un instrument capable de leur procurer satisfaction. Cet instrument, quel serait-il ?

Tout d'abord il appartiendrait au législateur, soucieux de garantir à l'épouse une condition indépendante et digne, de prévoir le cas d'absence du mari, et d'établir dans ce but une institution qui permette aisément à ce dernier de fournir à son associée le nécessaire pour vivre. La généralisation de la délégation volontaire est tout indiquée pour répondre à ce besoin.

Sans doute ce système ne peut jouer avec commodité que quand le mari touche un traitement régulier. Mais n'en sera-t-il pas ainsi, le plus fréquemment, pour celui que sa profession appellera au loin ? Sans doute le mari qui voudrait assurer à sa femme une portion de son traitement pourrait lui donner procuration de la toucher pour lui. Mais la chose n'est pas entrée dans les mœurs : le chef de famille, jaloux de ses prérogatives, hésite à confier à sa compagne le pouvoir d'exercer ce qu'il considère comme l'un des éléments essentiels de son autorité ; d'un autre côté, les formalités pour ce faire ne lui sont pas familières ; enfin, la routine aidant, il s'expose à rencontrer des difficultés, peut-être même un refus, de la part de son employeur que ce mode de règlement divisé gênera parce qu'il compliquera sa comptabilité. Par dessus tout il faut que la chose soit susceptible de réalisation : la procuration ne sera utile à la femme que si elle habite au lieu où le paiement doit ou peut être effectué ; sinon

le pouvoir que son mari lui aura consenti ne lui fournira aucun avantage pratique.

Qu'un texte vienne réglementer la matière et poser le principe de la délégation d'une façon générale, tous ces obstacles disparaîtront. Le mari averti, et rassuré en même temps par ce fait qu'une loi spéciale a consacré le procédé, n'hésitera pas à souscrire une délégation, et ne se heurtera plus à aucune opposition de la part de son employeur. Quant à la femme, si elle ne vit pas dans l'endroit où siège ce dernier, elle pourra beaucoup plus facilement qu'en cas de procuration obtenir paiement d'un représentant du débiteur, ou même se faire mandater directement la somme par celui-ci. La mesure étant souscrite, et grâce à elle la subsistance de la famille assurée, combien de désaccords au sein du foyer, de discordes, et de ruptures n'évitera-t-on pas ? Prévenant les différends en les empêchant de naître, cette institution nous apparaît ainsi comme un organisme de paix sociale. Elle permettra au mari, au père, de s'acquitter aisément de ses devoirs, et maintiendra par là la bonne entente et l'union.

Première étape, en préparant une autre. Car l'intérêt bien entendu de la société exige plus encore. Il ne suffit pas de mettre l'individu à même de tenir le rôle qui lui est imparti ; il faut encore le forcer à le remplir s'il ne le fait pas de son propre mouvement. Il faudrait rendre, en cas d'inertie de l'intéressé, la délégation obligatoire, d'office, afin de procurer au ménage, et cela sans longue procédure, un minimum de ressources. Il faudrait que sur simple justification de sa condition d'épouse, la femme puisse obtenir, de l'employeur de son mari, délégation d'une partie du traitement de ce dernier, partie proportionnelle au nombre des personnes dont elle a la charge. Point ne lui serait nécessaire de faire appel au concours préalable de la justice, son titre de créan-

cière se trouvant suffisamment établi par sa qualité de mariée, investie comme telle d'un droit à la subsistance. La mesure serait alors portée par les soins de l'employeur à la connaissance de l'intéressé. Celui-ci, s'il l'estimait injustifiée, par exemple à raison de la méconnaissance par sa compagne de ses obligations conjugales (abandon de la vie commune, mauvaise conduite, etc.), aurait la faculté d'en demander main-levée à l'autorité judiciaire, au Juge de Paix. Ce magistrat apprécierait, en connaissance de cause, et sans que la famille souffrît en rien de cette procédure, si les prétentions du mari sont valables ou non, et si, en conséquence, la délégation doit être levée ou maintenue. Le mari aurait ainsi le moyen de faire respecter son droit — et même, en cas de mainlevée de la délégation, la permission de poursuivre le remboursement des sommes injustement perçues par sa femme. Mais il n'aurait plus la liberté d'oublier ses devoirs et de méconnaître le droit à la vie des siens.

Seulement, pourrait-on objecter, ce serait créer là un privilège en faveur de la femme, et qui ne serait pas contrebalancé par un pouvoir semblable accordé au mari. Privilège, l'institution qui donne à un être la possibilité de contraindre un autre à remplir les obligations dont il est tenu envers lui ? Car enfin cette délégation aurait son fondement dans l'obligation de l'homme de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants, obligation que le Code a bien mise à sa charge dans les articles 202 et 214. En quoi ce régime constituerait-il une faveur ? Autant dire que les articles 202 et 214 en représentent une aussi pour leurs bénéficiaires. L'obligation du père de nourrir ses enfants se justifie d'elle-même. Quant à celle du mari de contribuer à l'entretien de son épouse, elle n'est pas moins raisonnable. La femme, par cela même qu'elle est mariée, devient tout naturellement la

maîtresse du foyer, la gérante du ménage et de l'intérieur conjugal. La coutume, basée sur l'expérience, ses qualités particulières, et sa tâche de mère, la désignent d'office pour ce rôle. Or, les dépenses qu'elle sera ainsi amenée à contracter ne seront pas toutes des dépenses personnelles, mais pour une bonne part également, pour la plus grande part même, des dépenses communes, dont son mari doit supporter le poids. Alors même donc que l'on supprimerait le principe d'obéissance, il n'en faudrait pas moins maintenir la règle de l'article 214 : alors même que le mari ne serait plus le maître, il serait toujours l'associé, et comme tel il serait toujours tenu de fournir à la gérante somme correspondante aux charges qui dans les dettes sociales forment son compte propre. Au surplus, il jouit d'une liberté d'activité que la femme n'a point : il peut par là se procurer des ressources que celle-ci est impuissante à gagner, à moins de déserter le foyer, — ce qui lui permet de contribuer aux dépenses, mais en privant le mari de l'avantage du ménage. Que l'homme soit absent, et tout cela n'en est pas moins vrai, car l'intérieur qu'il a créé demeure, et par suite aussi les frais que son entretien nécessite. Il est donc de toute justice que la femme puisse l'obliger à y assumer ce qui lui incombe.

A un autre point de vue on serait encore en droit de nous opposer une objection : ce système de la Délégation d'office apportera une dérogation considérable aux principes de la Communauté. Sans doute, nous le reconnaissons bien volontiers. Le mari ne disposera même plus, en seigneur, de ses revenus propres. Qu'à cela ne tienne pourtant. La Communauté doit-elle, parce qu'une longue tradition nous l'a transmise, rester intangible, et faire écarter tous les instruments de progrès que l'intérêt social en évolution démontre désirables, et conformes au bien être commun ? Le législateur ne

peut-il pas atténuer ses règles rigoureuses ? N'est-ce pas ce qu'il a accompli déjà en 1907, quand il a accordé à la femme la libre administration et la disposition de ses salaires, des économies et des biens en provenant, et quand il lui a donné en outre, par ce même texte, la faculté de saisir partie des gains de son mari ? Que ferait de plus, au fond, cette délégation alimentaire que nous proposons ?

Aussi cette institution ne nous semble pas inconciliable avec la législation actuellement en vigueur. Le mari, chef de l'association conjugale et de la communauté, a le devoir de contribuer à leur entretien et à leur bonne marche : s'il en est le maître, c'est pour les faire vivre et non pour les exploiter à son profit. Ses droits ne se comprennent qu'autant qu'ils lui servent à remplir ses obligations. S'il oublie ce que lui imposent ses pouvoirs, il est indispensable que l'État, souverain en définitive, réprime son égoïsme, et l'astreigne à reprendre le bon chemin. Assurer le respect de la Justice est le lot de la Société ; tout ce qui peut y concourir doit être mis en œuvre par elle. En élaborant un organisme du genre de la Délégation d'aliments, elle remplirait, croyons-nous, efficacement son rôle.

CHAPITRE II

LA PENSION ALIMENTAIRE

L'individu que la guerre oblige à quitter son foyer et à se séparer de sa femme n'en demeure pas moins tenu envers celle-ci, nous l'avons vu, de toutes les obligations conjugales que le Code lui impose.

Il doit notamment, malgré son éloignement forcé, pourvoir à la subsistance de son épouse. Et c'est pour le conduire à l'exécution de cette dette que la loi a organisé la Délégation de solde. Seulement les conditions que cette institution exige pour son fonctionnement ne se trouveront pas toujours réunies. Il faut, nous le savons aussi, que le mari soit officier ou sous-officier à solde mensuelle, et qu'il soit mobilisé, en entendant ce mot dans le sens strict que nous avons eu l'occasion de préciser. Or il peut n'être que simple soldat, mais avoir quand même des ressources : par exemple, parce qu'il est fonctionnaire et touche son traitement, ou parce qu'il reçoit du patron qui l'employait avant son départ, ses appointements ou partie d'entre eux, ou encore parce que chef d'une Communauté qui dispose de biens. D'autre part, alors même que les éléments de la Délégation seraient rassemblés, le mari a le droit de s'opposer à la mesure sollicitée. Dans ces

hypothèses, comment la femme qui ne possède pas elle-même de quoi subvenir à ses besoins, fera-t-elle pour vivre ? Puisque son mari a des ressources et reste soumis à l'obligation de lui fournir tout le nécessaire pour l'existence, ne pourra-t-elle pas invoquer le bénéfice de ce devoir légal, et lui demander une pension alimentaire ?

C'est là une question que la guerre n'a pas fait naître ; elle s'était déjà posée précédemment ; mais les événements actuels lui ont donné, à raison de leur longue durée, un intérêt tout particulier. Dès lors il nous semble nécessaire de voir tout d'abord comment elle était résolue en temps normal ; nous examinerons ensuite ce qu'en ont fait les circonstances nouvelles.

SECTION I

LE DROIT COMMUN

La femme peut-elle durant le mariage demander une pension alimentaire à son mari ?

Durant le mariage les époux peuvent se trouver dans deux situations différentes. Ou bien ils vivent ensemble, et c'est le cas normal, légal pourrait-on dire, puisque la cohabitation leur est imposée par le Code (art. 214). Ou bien ils vivent séparés, et c'est le cas exceptionnel, situation de fait, extra légale.

Il nous faut donc distinguer les deux occurrences.

A. — Les époux vivent ensemble

1° *Système général.*

En cette hypothèse, il apparaît au premier abord qu'une telle question n'ait même pas à être soulevée. Puisque ces conjoints sont gens mariés et vivent ensemble, ils pourvoiront l'un et l'autre aux besoins du ménage. Pour ce faire, ils utiliseront, soit leurs revenus respectifs, dans la mesure fixée par leurs conventions matrimoniales ou la loi, soit les produits de leur travail ou de leur industrie. Toutes leurs ressources personnelles, ou certaines d'entre elles seulement, unies en une masse commune, serviront à assurer leur mutuel entretien. Si les proportions fixées par le contrat de mariage ou par le Code ne pouvaient être réalisées par suite du changement survenu dans la condition de l'un d'eux, l'autre serait tenu, nonobstant les prévisions antérieures et à supposer qu'il en eût la possibilité, d'augmenter son apport à la masse, et d'assurer ainsi l'existence de l'infortuné. Il semble donc qu'il ne doive jamais y avoir lieu à pension alimentaire entre ces conjoints.

Il semble surtout que la femme ne puisse jamais en demander une à son mari. N'est-ce pas celui-ci qui est le chef de l'union conjugale ? Maître du ménage, il est par conséquent libre de régler comme il l'entend le genre de vie et les dépenses de l'association. Sa volonté est prédominante ; celle de sa femme ne compte pas. Cette dernière lui doit obéissance (art. 213 C. Civ.), et est par là obligée d'accepter les décisions qu'il prend à ce sujet. D'autre part, le mari, en tant que chef de l'union, a la disposition de toutes les ressources du ménage ; c'est lui qui les détient et c'est lui qui les affecte aux dépenses communes : toutes les dettes contractées dans l'intérêt de l'association sont à sa charge,

qu'elles aient été exposées par lui-même ou par sa femme agissant en son nom et comme sa mandataire (1). Dans ces conditions, de quelle utilité la pension alimentaire serait-elle pour la femme qui vit avec son conjoint, puisqu'elle ne répond pas personnellement de son entretien ?

Enfin, comme on l'a fait remarquer, en envisageant le point de vue pratique, on aurait mal à comprendre le service d'une pension entre époux menant une existence commune, car il suppose la séparation des revenus du créancier et du débiteur, et que ceux-ci sont précisément confondus par le mariage en une seule masse, au domicile conjugal (2).

Tout semble ainsi prouver que le Code a eu raison de ne pas dire, dans son article 212, que les époux se doivent des aliments, la forme ordinaire sous laquelle ceux-ci sont prestés — la pension alimentaire — ne se concevant pas bien entre personnes ayant communauté d'habitation, d'entretien et d'existence (3). C'est avec plus de vérité, en apparence tout au moins, qu'il a déclaré les époux tenus de se fournir secours. Et spécialement pour l'épouse, on pourrait répéter aujourd'hui, en pensant aux règles des articles 212 et 214 et aux solutions apportées par les divers régimes matrimoniaux à la question de la contribution des conjoints aux dépenses du ménage, le mot de Pothier : la femme est en pension chez son mari (4). Il est toujours juste.

C'est en s'inspirant de ces diverses considérations que la doctrine a décidé qu'il ne pouvait pas y avoir pension alimentaire entre époux vivant en commun, un tel droit ne

(1) Cf. Albert Chéron, *De la Contribution des époux aux charges du ménage*, *Revue Droit civil*, 1909, p. 753-754.

(2) Cf. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des Personnes*, 3e édition, t. III, N° 2129.

(3) En ce sens Laurent, t. III, N° 52.

(4) Pothier, *De la Communauté*, N° 464.

devant s'ouvrir au profit de l'un ou de l'autre des conjoints qu'en cas de séparation (1).

Toutefois, ce n'est là qu'un principe ; car les exigences de la vie ont forcé les auteurs à atténuer la rigueur de leur système, et à admettre que dans certaines circonstances exceptionnelles la femme aurait faculté de solliciter une pension de son mari, bien que la vie commune ne soit pas rompue. Ainsi, si le mari est interdit et que la femme n'en est pas nommée tutrice (2). De même si le mari est placé dans une maison de Santé (3). De même encore si la femme est obligée, pour cause de maladie, de quitter le domicile conjugal avec consentement du mari (4). Dans ces différents cas, l'absence, n'étant que momentanée, laisse subsister en droit la coexistence des époux. Néanmoins on reconnaît qu'une pension peut alors intervenir. C'est la raison même qui commande semblable dérogation ; la subsistance de la femme ne pouvant plus être assurée de la façon prévue par les textes, il y a lieu d'y pourvoir autrement. Nécessité fait loi.

Mais si nous laissons de côté ces hypothèses anormales, pour nous en tenir à la situation habituelle, où mari et femme vivent ensemble en fait comme en droit et sans aucune modification de leur état, ne rencontrerons-nous jamais

(1) En ce sens : Aubry et Rau, 5e édit., t. VII, § 470, p. 189 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie, 10e édit., 1908, t. I, p. 295, *Du Devoir de secours*, N° 535 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. et loc. cit.* ; Bendant, *L'État et la Capacité des Personnes*, t. I, N° 309 ; Demolombe, t. IV, N° 88 à 94 et 104 ; Laurent, t. III, N° 52 ; Planiol, 6e édit., 1911, t. I, p. 301, *Du Devoir de secours*, N° 905. Voir aussi Chéron, précité, p. 748.

(2) En ce sens : Laurent, t. III, N° 57 ; Dall. *Répert.* V° *Mariage*, N° 638, et V° *Interdiction*, N° 174.

(3) Laurent, *op.* et *loc. cit.*, et référence qu'il donne.

(4) Laurent, *op.* et *loc. cit.* ; Cass., 24 mars 1818, Dall. *Répert.*, V° *Mariage*, N° 754.

l'utilité d'une pension alimentaire pour l'épouse ? Sans doute les ressources que celle-ci a affectées au ménage, dans les proportions fixées par leurs conventions ou la loi, jointes à celles du mari, devraient lui permettre de trouver au domicile conjugal le moyen de vivre. Seulement y trouvera-t-elle le nécessaire, — celui-ci devant être apprécié *in concreto*, d'après sa condition (art. 214) ?

Le mari, nous l'avons vu, est l'unique dispensateur des deniers domestiques ; selon les régimes, c'est lui-même qui perçoit les revenus de la femme, ou c'est cette dernière qui les lui remet — sans avoir le droit de les consacrer personnellement à ses besoins. Dès lors, en possession des ressources, l'homme les emploiera comme il lui plaira, et fera à sa femme la situation qu'il voudra.

Pas de grandes difficultés si l'épouse a des biens propres et a adopté un régime qui lui en laisse la jouissance (Séparation de biens — Régime dotal où tous ses biens ou certains d'entre eux sont paraphernaux). Dans ce cas la femme n'obtenant pas de son mari tout le nécessaire pour vivre, pourra y suppléer par ses revenus personnels. Elle arrivera de la sorte à satisfaire ses besoins. Il sera cependant choquant qu'elle dût, pour y aboutir, avoir recours à ses biens propres, alors qu'il appartient à son mari de la pourvoir de tout. Le seul droit dont disposerait l'épouse en une telle occurrence serait de demander le remboursement des dépenses qui auraient entamé ses capitaux.

Bien plus choquant encore sera le cas où la femme n'aura pas de revenus propres, soit parce qu'elle n'a pas de biens, soit parce que, en ayant, elle a adopté un régime qui en donne la jouissance à son mari (Communauté — Régime sans Communauté — Régime dotal où tous ses biens présents et à venir ont été constitués en dot). Voilà une femme

à qui son mari pourra ne pas procurer le nécessaire pour vivre selon son état, alors qu'elle lui aura peut-être fourni elle-même le moyen de remplir cette obligation : voilà une femme qui, bien que fortunée, sera, par les négligences de son conjoint, réduite à une condition inférieure ; voilà une femme aussi qui, parce qu'elle n'a pas pu apporter de dot, se verra condamnée à une existence misérable ! Et il ne lui serait pas permis de réagir, de demander à son mari indigne l'exécution du devoir impérieux que lui impose l'article 214 ! Des juristes ne l'ont pas cru, et lui ont reconnu en une semblable hypothèse le droit de réclamer une pension (1). Solution que la simple équité suffirait à justifier, qui est d'ailleurs entièrement conforme, croyons-nous, aux principes légaux, et sur laquelle nous reviendrons plus loin.

Mais ce n'est pas là l'opinion de la Jurisprudence. Les Tribunaux n'admettent pas la femme à demander à son mari, dont elle partage l'existence, une pension alimentaire (Nancy, 6 juillet 1895) (2). Pourquoi ? « Ce serait faire échec aux droits et aux pouvoirs qu'il (le mari) tient de la loi, que de le contraindre à payer durant le mariage une pension annuelle à sa femme »... « le mari administrateur de la communauté et des biens de la femme ne peut être privé de son droit d'administration qu'en vertu des dispositions formelles de la loi. Si la vie commune présente pour la personne de la femme de graves inconvénients, celle-ci a la faculté de former une demande en séparation de corps ou en divorce, et de réclamer pendant l'instance une provision alimentaire, et, après la séparation ou le divorce prononcé, la pension à la-

(1) En ce sens : LAURENT, t. III, N° 57 ; Bruxelles, 29 mai 1820 ; Dall., V° *Mariage*, N° 743. En ce sens aussi DELSOL, *Explication du Code Napoléon*, 2e édit., t. I, p. 222. Voyez également CHÉRON, *loc. cit.*, p. 749.

(2) V. D. 96.2.181 ; S. 97.2.45. *Adde* COLIN et CAPITANT, t. III, p. 144.

quelle elle peut avoir droit, eu égard à ses besoins, et aux facultés de son conjoint ».

Nous avons tenu à reproduire ici les termes de cet arrêt, car ils sont caractéristiques et exposent de façon particulièrement précise le sentiment jurisprudentiel.

Telle étant la décision de la pratique, la femme se trouvait dans une situation tout à fait désavantageuse. Déclarer, comme le fait l'arrêt de Nancy, que tant que dure la vie commune le mari a seul qualité pour apprécier la manière dont sa femme doit vivre, que les pouvoirs qu'il tient de la loi à ce sujet sont souverains, et qu'il n'est pas permis à la justice d'intervenir dans les affaires du ménage, c'est livrer la femme à la discrétion du mari ; c'est permettre à ce dernier de lui imposer le sort qu'il veut, sans égard pour le rang qu'elle occupait avant son mariage, ni pour la fortune qu'elle a apportée en ménage, ni pour ses besoins matériels ou moraux (1).

Cette tendance à l'assujetissement de la femme à l'homme devait être d'un précieux appui pour ceux qui entendaient relever la condition du sexe ; la rigueur et la sévérité de la jurisprudence devaient faire apparaître plus pressante encore la nécessité d'une réforme.Cette mentalité des tribunaux ne fut certainement pas sans influence sur les protagonistes

(1) Tenant compte de considérations de ce genre, la Cour de Bruxelles, dans un vieil arrêt du 29 mai 1820, Dall., *Répert.*, V° *Mariage*, N° 743, avait reconnu que la femme pourrait avoir droit à pension, à la condition de faire connaître individuellement les choses que son mari lui aurait refusées pour son entretien et ses besoins. — Cette exigence semble logique : il faut que la femme éclaire les juges, qu'elle leur montre si son mari a réellement refusé de satisfaire des besoins, ou seulement d'exécuter des caprices et des fantaisies. De simples affirmations globales ne peuvent donner aux juges les renseignements que leur fourniront des attestations de faits précis et déterminés. Mais cette décision est demeurée isolée.

d'un régime nouveau ; ce fut même elle sans doute, par les exagérations qu'elle consacrait, et les abus qu'elle légalisait, qui hâta son accession. Ainsi souvent le pire est source du mieux. La première étape fut réalisée par la loi du 13 juillet 1907, qui, malgré son titre et certains de ses termes, n'est pas qu'une loi ouvrière, et à une portée générale. En autorisant la femme, celle qui n'est pas salariée et n'exerce aucune industrie comme celle qui l'est et besogne, à saisir-arrêter les produits du travail de son mari, quelles qu'en soient leur nature et leur origine, en l'autorisant à les saisir-arrêter dans la mesure de ses besoins, et à atteindre aussi ceux qui ne viendront à échéance que postérieurement à son intervention, elle établit à son profit une sorte de pension alimentaire. Il y a même là, au point de vue de la sécurité du service, quelque chose de plus certain que la pension : la bénéficiaire n'a pas à redouter, en effet, la mauvaise volonté du débiteur, puisque ce n'est pas celui-ci qui a la disposition des deniers dont elle doit avoir l'avantage, et qu'elle en est investie sans son concours.

Mais, étant donné qu'elle ne concerne que les produits du travail du mari, en laissant hors de son champ d'application les ressources dont ce dernier dispose à un autre titre, soit en tant que possesseur de biens personnels, ou titulaire de revenus ne représentant pas à proprement parler des produits du travail, soit en tant qu'administrateur de la fortune de sa femme, la loi de 1907 n'a encore qu'un résultat incomplet. Pour constituer un sérieux progrès sur la jurisprudence antérieure, elle ne réalise pas une protection entière des droits de l'épouse ; elle laisse subsister en conséquence l'intérêt de la question qui nous préoccupe : la femme vivant avec son mari peut-elle lui demander une pension alimentaire ?

Nous avons vu jusqu'ici la doctrine, en grande majorité, et la jurisprudence dénier ce droit à l'épouse. Il nous faut examiner avec quelques détails cette opinion.

2° *Critique du Système du Refus.*

Tout d'abord le principe : Les époux vivant en commun, leurs revenus respectifs serviront, dans la mesure fixée par le contrat de mariage ou la loi, au soutien des charges du ménage ; donc point n'est besoin de pension alimentaire. Dire cela, c'est simplement poser une règle théorique, c'est uniquement montrer comment les choses sont susceptibles de se passer en pratique, comment elles devraient se réaliser. Seulement, se passent-elles bien ainsi ?

C'est le mari, nous le savons, qui a en mains toutes les ressources du ménage : il dispose des deniers domestiques à son gré et règle à sa convenance le train de vie familiale. Affectera-t-il à l'entretien du foyer les revenus de sa femme, en même temps que les siens ? Rien ne le prouve. Les fonds de cette dernière étant en sa possession et à sa discrétion, soit comme administrateur des biens de sa compagne, soit par suite du versement que celle-ci lui en a effectué, il est libre de les utiliser comme il l'entendra. Il peut les dissiper en tout ou partie, se les réserver pour un usage personnel, et, sous les régimes où il n'y a pas communauté, les économiser pour lui. Par là même il les détournera de leur affectation naturelle. Mieux. Sans en priver totalement le foyer, il pourra ne lui en consacrer qu'une portion insuffisante, insuffisante eu égard à la valeur de la dot que lui a apportée sa femme, et eu égard à la condition sociale de cette dernière, et cela par esprit de lucre ou d'avarice, ou par une mauvaise appréciation des besoins du ménage et du coût de la vie. Nous en avons déjà parlé également. Toujours est-il que dans ces diverses circonstances, il ne procurera pas à son épouse

un entretien en rapport avec ses propres facultés et l'état de celle-ci ; il lui donnera des aliments sans doute, mais il ne lui donnera pas tout le nécessaire pour vivre ; il manquera donc à l'obligation que lui impose l'article 214 du Code. Cet oubli demeurera-t-il sans sanction ? Laissera-t-on cet homme violer impunément son devoir légal ? Le forcer à fournir directement ce qu'il omet d'offrir de bonne volonté, n'est-ce pas là, en définitive, la seule façon de le réduire à l'exécution de son obligation ?

On voit ainsi qu'il peut y avoir place pendant le mariage, et alors même que les époux vivraient ensemble, pour une pension alimentaire servie par le mari à la femme.

Si l'utilité d'une telle mesure ne laisse guère de doute, sa réalisation est-elle possible dans notre Droit ?

Non, disent certains, la pension ne se conçoit pas entre les époux, parce que leurs revenus ne forment qu'une même masse, alors que le service d'une pension exige une séparation des ressources de celui qui y a droit et de celui qui la doit. Cet argument ne porte pas. Comme on l'a bien prouvé (1), il est inexact : car si les revenus des conjoints se confondent, en effet, à leur arrivée dans la caisse du ménage, ils sont distincts dans leur source, et la saisie, à ce moment là, en serait possible.

Non, répond encore la jurisprudence : condamner le mari à payer à sa femme une pension alimentaire, ce serait faire échec aux droits et pouvoirs qu'il tient de la loi. Cette fois l'objection est sérieuse. Examinons la.

Quels sont ces droits ? — Le Code déclare le mari chef du ménage (art. 213) et chef de la communauté (art. 1421).

(1) Voir PICHON, — *Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du ménage* (Loi du 13 juillet 1907). *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1908, p. 426.

a) *Il est chef du ménage.*—En tant que tel ses pouvoirs sont réglés par les articles 213 et suivants qui lui attribuent la direction de l'association conjugale, soumettent sa femme à son obéissance et imposent à celle-ci une incapacité. Mais il n'a ces pouvoirs que dans l'intérêt du ménage et de l'épouse, et non pas pour son profit exclusif et personnel. D'autre part, à ces droits correspondent des obligations : notamment celle d'entretenir sa femme, soit d'une façon matérielle en lui procurant lui-même le nécessaire pour vivre, soit d'une façon économique en lui fournissant l'argent convenable. Sa puissance n'est donc pas absolue et despotique. D'un côté des devoirs contrebalancent ses prérogatives. D'un autre ses pouvoirs sont restreints par leur but même : ils lui sont reconnus pour qu'il dirige l'association, pour qu'il les utilise dans un sens favorable à l'union, et non pour qu'il les emploie selon sa fantaisie. Si, en les exerçant, il méconnait l'intérêt du ménage et celui de sa femme, il outrepasse ses droits, et la justice peut intervenir. Ainsi s'il refuse une autorisation à son épouse, et que cette dernière croit sa décision injustifiée, elle a la faculté de réclamer le concours du Tribunal — capable à son tour de lever l'obstruction du mari et d'accorder l'habilitation sollicitée (art. 218-219). N'est-ce pas la preuve que l'autorité du chef n'est pas souveraine, qu'elle est susceptible de restrictions et de limitations quand il en mésuse, quand en la mettant en œuvre il commet un abus.

Puisqu'il en est ainsi, pourquoi le devoir qu'il a d'assurer l'entretien de sa femme serait-il abandonné à son entière discrétion ; pourquoi lui serait-il permis de le remplir ou non ? Serait-ce excessif de reconnaitre à l'épouse la liberté de faire appel à la justice pour contraindre son conjoint à exécuter convenablement son obligation ? En agissant ainsi oublierait-elle son devoir d'obéissance ? En obligeant le dé-

tenteur de la puissance maritale à acquitter les charges qu'il a volontairement assumées, porterait-elle atteinte à cette puissance ? L'acte du mariage a révélé à l'époux les obligations qui lui incomberaient ; s'il les a acceptées, comment pourrait-il ensuite prétendre s'y soustraire ! Au fond que sa femme lui demande-t-elle, sinon de respecter sa parole et la loi qu'il a faite sienne ? Créancière en vertu de l'article 214, sort-elle de son droit en réclamant son dû ? S'insurge-t-elle contre son chef en le rappelant à l'exécution de ses devoirs légaux ? Elle s'insurge simplement contre l'abus de pouvoir qu'il commet ; il y a abus de sa part, en effet, à vouloir utiliser un privilège d'une manière contraire à l'intention qui lui a donné naissance, contraire à l'équité, contraire à l'exercice normal qui lui est réservé.

b) *En même temps le mari est chef de la Communauté.*—C'est en ce sens que la jurisprudence entend cette expression de chef ; elle se réfère aux articles 1421 et 1428. De ce que le mari possède cette qualité, il en résulte qu'il a un droit d'administration, de jouissance, et de disposition même sur les biens communs ; il est le maître de la masse durant le mariage. Mais ce droit découle de la volonté de la femme, soit formelle, et exprimée dans le contrat de mariage, soit tacite, et provenant, en l'absence de contrat, de sa soumission au régime prévu par la loi pour ce cas. Ce droit de l'époux comme chef de la communauté n'a donc pas pour principe la loi elle-même ; il ne constitue pas, ainsi que le remarque M. Gide, « un élément de la puissance maritale, et ne saurait se confondre avec elle » (1). Le mari le tenant de la volonté même de sa compagne, il agit en l'exerçant, ainsi que le dit encore le savant auteur, « comme son mandataire ou

(1) Gide, *Etude sur la Condition privée de la Femme*, 2e édit., p. 429.

son ayant cause, et non point comme son maître » (1).

S'il en est de la sorte, à quoi doit-il employer les revenus de la communauté, et par là même des biens de la femme, dont elle bénéficie ? Celle-ci, en lui apportant ses ressources, a entendu lui fournir les moyens matériels d'assurer son existence, et se décharger sur lui du soin de les lui procurer. Mandataire ou ayant cause, il doit consacrer ces revenus à l'entretien du ménage et de la femme ; il ne peut se les réserver pour ses convenances personnelles. S'il ne se comporte pas de cette façon, il méconnaît son rôle et abuse de sa situation, car il n'est pas omnipotent. Voilà sa condition en tant que chef de la Communauté.

Cela ne correspond-t-il pas au but même de la dot, qui, par définition, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage (art. 1540 C. Civ.). Et si l'épouse n'a pas fourni de biens à son conjoint, elle lui a tout de même donné son activité, grâce à laquelle les affaires domestiques ont reçu une direction convenable, peut-être une heureuse. N'est-ce rien ? Pour ne pas être susceptible d'une exacte appréciation pécuniaire cet apport ne doit-il pas entrer en ligne de compte ?

Dès lors le mari n'a pas un pouvoir arbitraire et absolu. Il n'a l'autorité de chef que pour assurer une honnête gestion ; il ne dirige la communauté que pour la faire vivre. Son droit, même à le supposer conséquence de son pouvoir sur la personne de sa femme, ou résultat de la nécessité de concentrer dans les mains d'un seul tous les intérêts de l'association conjugale, a toujours le même but : garantir la bonne marche du ménage et sa prospérité, en pourvoyant de la meilleure manière à l'entretien des époux et à l'utili-

(1) GIDE, *op. cit.*, p. 429.

sation de leurs biens. Au surplus, pour lui procurer un droit, cette qualité lui impose aussi un devoir. Le Code nous le prouve : que le mari ne s'acquitte pas bien de la mission qui lui est impartie, ne gère pas comme il convient la fortune de la femme et la menace de dilapidation et de ruine, celle-ci peut demander la séparation de biens.

Tout nous montre donc que l'autorité de l'époux en tant que chef de la communauté n'est pas sans limites, mais se voit bornée au contraire par des obligations corrélatives. Si le mari méconnaît celles-ci à l'égard des biens de sa compagne, sa femme aura un recours : la faculté de demander la séparation de biens. S'il les méconnaît à l'égard de la personne de son associée qu'il doit munir de tout le nécessaire pour l'existence, pourquoi sa femme n'aurait-elle pas également un recours : la faculté de réclamer une pension alimentaire ?

Ce serait porter atteinte à la puissance du mari ? Non ; mandataire ou ayant cause, et non pas maître souverain, ce dernier n'a de puissance que dans la mesure où il assure la vie de la Communauté, c'est-à-dire la subsistance de sa femme (l'article 1409 met les dettes d'aliments à la charge de la Communauté), et la fructification des biens. Qu'il ne remplisse pas l'une ou l'autre de ces charges, il oublie son rôle, il en sort, il abuse de sa situation. De même que dans certains cas il abuse en faisant, et s'expose par là à la Séparation de biens, de même dans d'autres il abuse en ne faisant pas, en omettant (*culpa in omittendo*), et doit aussi trouver une sanction.

Laquelle ? Il en est une qui se présente tout naturellement. Si on ne peut pas contraindre le mari à ne pas faire les actes malveillants qu'il accomplit sur le patrimoine de sa femme, sauf à le priver de l'administration de celui-ci, on peut, au

contraire, l'obliger à remplir ce devoir d'entretien dont il ne s'acquitte pas envers sa compagne. Car au fond l'obligation qui pèse sur lui de fournir à son associée tout le nécessaire pour vivre, se résout en dernière analyse en une prestation d'une somme d'argent. Quand il ne l'effectue pas de lui-même, pourquoi ne l'y forcerait-on pas ? Il n'est pas un débiteur ordinaire, objecte-t-on ; il est chef de la Communauté : il a l'entière disposition des deniers qu'elle possède ; le condamner à en fournir une certaine quantité à sa femme, c'est faire échec à ses libres prérogatives, c'est nier son indépendance, que le Code consacre. Mais de ce qu'il a beaucoup de droits, en quoi s'en suit-il qu'il puisse se soustraire à ses obligations et les rejeter de lui-même ? Il commande ? Oui, pour conduire, et non pour régenter. Au-dessus de lui subsiste comme au-dessus de tous les débiteurs, la Société. Si les intérêts de celle-ci ont été outragés en la personne de la femme, il est du devoir de la Justice, chargée de veiller au respect du Droit véritable, de réprimer les iniquités et les abus, et de faire donner à l'épouse ce que la bonne foi exige. Interpréter les pouvoirs du mari, chef de la Communauté, comme le tente la jurisprudence, c'est interpréter les textes pour eux-mêmes, et non pour l'utilité sociale qu'ils sont susceptibles de procurer ; c'est interpréter l'institution à la lettre, sans tenir compte des conditions de milieu dans lesquelles elle doit fonctionner.

Proclamer le mari hors d'atteinte, c'est dire qu'il est un débiteur d'un genre spécial, qu'il peut impunément violer les obligations qu'il a contractées, repousser son créancier et braver la loi. Car enfin c'est la loi elle-même qui impose à l'époux la charge de procurer à sa conjointe tout ce qui lui est nécessaire pour vivre selon ses facultés et son état, et c'est lui-même, époux, qui s'est soumis à cette charge, en

consentant en connaissance de cause à l'acte du mariage. Pourquoi donc lui serait-il permis de méconnaître sa parole, son devoir et sa dette ? En vertu de quel principe la jurisprudence fait-elle prévaloir son droit sur son obligation, et lui reconnaît-elle une situation prépondérante, non seulement dans l'association conjugale, mais aussi dans la Société ? Rien n'autorise un pareil système, et les tribunaux n'invoquent pas d'argument à son appui. Ils se bornent à édicter la toute-puissance du mari. Ils aboutissent ainsi à effacer l'article 214, et à le rendre inutile. A quoi bon déclarer le mari obligé de fournir à sa femme tout le nécessaire pour vivre, si c'est là pour lui une pure faculté, dont l'exécution est laissée à son entière discrétion. Pourtant il n'était pas dans les habitudes des rédacteurs du Code, si exacts et si stricts, d'énoncer des règles dépourvues de sanctions, et par là même d'une application aléatoire. Au surplus les termes de l'article 214 sont énergiques : le mari est obligé de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. L'obligation est nettement posée ; et elle est précisée : le Code ne dit pas le nécessaire, mais tout ce qui est nécessaire ; — et il ne dit pas seulement : pour les besoins de la vie, mais il spécifie que ces besoins seront variables et devront être appréciés selon l'état de la femme. On ne saurait négliger ces prescriptions, émises à dessein.

En résumé, la jurisprudence paraît n'avoir envisagé la situation du mari dans le ménage qu'à un seul point de vue : celui de ses droits. Elle a oublié, ou elle a voulu ignorer, dominée qu'elle était encore par la tradition et les idées de la toute puissance maritale, l'autre aspect de la question : celui des obligations du chef de l'association conjugale. Elle arrive par là à biffer du Code la seconde partie de l'article 214 et

à dénier toute personnalité à la femme : elle supprime le droit que lui attribue la loi ; elle la réduit presque à la condition d'une maîtresse. Ce décidant, elle sacrifie l'article 214 à l'article 1401, la femme au mari, le devoir de celui-ci à son droit (1) ; elle fait plus que respecter le principe du mari chef du ménage et de la communauté : comme on l'a fait très justement remarquer, ce nous semble, elle aboutit à en permettre l'abus sans contrôle et sans recours (2).

Sans recours ? La jurisprudence proteste. « Si la vie commune, observe-t-elle, présente pour la personne de la femme de graves inconvénients, celle-ci a la faculté de former une demande en séparation de corps ou en divorce, et de réclamer pendant l'instance une provision alimentaire, et après la séparation ou le divorce prononcé, la pension à laquelle elle peut avoir droit, eu égard à ses besoins et aux facultés de son conjoint (3). »

Former une demande en divorce ou en séparation de corps ! A quoi bon ? En admettant même que le refus du mari de fournir à sa femme tout le nécessaire pour vivre constituât une injure grave susceptible de fonder une requête de ce genre — et c'est un point qui n'est pas acquis, mais dont la solution dépendra des circonstances — cela ne donnera pas à la femme le résultat qu'elle cherche. Pour reprocher à son mari de ne pas lui donner le nécessaire, elle ne désire pas le quitter. Le divorce ou la séparation de corps, en rompant le foyer, en brisant le ménage, ne conduira pas au but

(1) V. Chéron, *loc. cit.*, p. 784-785.

(2) Cf. A. Pichon, *Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du ménage*, Loi du 13 juillet 1907, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1908, p. 17 et suiv., et notamment p. 426.

(3) V. l'arrêt de Nancy du 6 juillet 1895, D. 96.2.181, S. 97.2.45.

souhaité. Ni l'un ni l'autre ne procurera à l'épouse ce qu'elle sollicite : la possibilité de vivre pendant son mariage comme elle vivait auparavant, ou comme le lui permettent à présent la condition de son conjoint et sa fortune personnelle : tous deux, au contraire, la forceront à sortir de l'union. Ces mesures mènent donc à une fin opposée à celle que l'on poursuit. Elles n'obligeront pas le mari à exécuter son obligation, mais pourront lui ouvrir l'occasion de s'en décharger en tout ou en partie. Car la pension qui serait accordée en cas de divorce ne serait plus fondée sur l'article 214 — le mari étant libéré par la rupture du lien matrimonial de subvenir à l'entretien de sa femme — ; elle s'appuierait sur l'article 301 ; en conséquence la femme ne l'obtiendra que si le divorce est prononcé à son profit, et que les juges estiment qu'elle en a besoin. S'ils ne le pensent pas, étant donné qu'elle a des biens personnels suffisants pour mener une vie semblable à celle qui était la sienne précédemment, la femme ne se verra rien allouer : cette pension ne constitue, en effet, que la réparation du préjudice que lui cause, par la faute de son conjoint, la rupture du mariage (art. 1382 C. Civ.). Il en sera de même si le divorce est prononcé aux torts réciproques des deux parties. Enfin cette pension, même attribuée, n'apportera jamais à l'épouse que le tiers au maximum des revenus de son mari (art. 301). Comment soutenir dès lors, à l'instar de la jurisprudence, que la femme qui se plaint de n'avoir pas le nécessaire pour vivre, a le moyen de l'obtenir en sollicitant le divorce ?

D'autre part le divorce est un droit pour la femme, et non pas une obligation. Elle a la faculté de le demander quand elle se trouve dans les conditions requises ; elle n'est pas forcée de le faire. Si pour des raisons de convenances personnelles ou autres elle préfère s'en abstenir, elle en est libre. La solu-

tion de la jurisprudence lui enlève cette indépendance. Désormais la femme n'aura plus possibilité de choisir selon sa conscience. Elle est placée dans ce dilemme : ou renoncer à son droit, et maintenir le mariage, mais subir ainsi les exigences de son mari, la loi de l'homme, — ou faire valoir son droit, et demander le divorce, mais rompre ainsi le lien conjugal. D'un côté elle compromet sa dignité et se condamne à une vie douloureuse ; de l'autre elle se réduit à la chicane et s'expose au célibat !

Du reste combien de divorces n'ont pas pour origine réelle une insuffisance des ressources mises par le mari à la disposition de la femme : de là des aigreurs et des discordes, et des séparations devenues inévitables. Combien n'auraient pu être évités par l'octroi à la femme, en temps opportun, d'une pension convenable ! Une telle mesure blesserait l'amour-propre du mari ? Beaucoup moins sûrement que la décision de justice qui vient prononcer la séparation de biens.

Par sa tendance à la propagation du divorce et de la séparation de corps — il les impose à la femme — le système de la jurisprudence aboutit donc à un résultat contraire à l'intérêt social bien entendu. En condamnant le mari qui néglige de pourvoir sa compagne de tout le nécessaire pour l'existence, la justice ne ferait pas échec aux droits du chef du ménage ; elle le rappellerait seulement au respect des préceptes légaux. Par leur stricte soumission au principe traditionnel, par leur refus de tenir compte de cette loi si équitable et si conforme au Droit que Demolombe appelle la loi de la nécessité (1), nos tribunaux consacrent une solution peu compatible avec les règles du Code, et incompatible avec cette idée fondamentale que la mission du juge est de réaliser

(1) DEMOLOMBE, t. IV, N° 87.

l'harmonie, quand faire se peut, entre les exigences des textes et les besoins de la pratique.

3° *Influence de la loi du* 13 *juillet* 1907.

Telle était la jurisprudence lorsque vit le jour la loi du 13 juillet 1907. Celle-ci permettant à la femme d'obliger son mari à lui fournir, des produits de son travail, le nécessaire pour vivre selon son état, et l'autorisant à saisir-arrêter les salaires, traitements, rémunérations de son conjoint (1), — tant ceux qui sont déjà arrivés à échéance que ceux qui n'y arriveront que plus tard, — lui confère en réalité tout le bénéfice d'une pension alimentaire. Elle lui confère même davantage puisqu'il ne dépend pas de la volonté de son époux d'exécuter ou non son obligation ; le service en est assuré en dehors de lui, par un tiers que la justice a chargé de ce soin.

Cette loi venait ainsi donner une indication nouvelle et résoudre d'une façon opposée à celle de la jurisprudence la question que celle-ci avait tranchée négativement. La saisie par la femme de certains biens du mari pour le contraindre à remplir le devoir d'entretien édicté par l'article 214 devenait licite. Les tribunaux étaient donc liés sur ce point. Mais cette interprétation légale les inciterait-elle à modifier leur opinion au cas où la femme demanderait à atteindre les autres sources de revenus du mari ? D'autre part cette loi, donnant à la femme la libre disposition de ses salaires et des économies en provenant, et cela sous tous les régimes (2), apportait une restriction aux droits du mari comme chef, et par là même à l'article 1388 aussi. Le principal argument sur lequel la jurisprudence se fondait pour refuser une pension à la femme

(1) Loi du 13 juillet 1907, art. 7.
(2) Art. 1er.

se trouvait par là miné. Qu'allait-elle désormais décider ?

Dans une espèce soulevée peu de temps après la promulgation de la loi, non pas sur le sujet précis qui nous occupe en ce moment, cependant sur un sujet tout voisin, — la jurisprudence a révélé une pensée différente de la précédente.

Il s'agissait d'une femme qui réclamait à son époux une pension alimentaire, non pour elle-même, mais pour subvenir aux besoins d'un enfant commun. Dans un cas de ce genre où l'enfant se trouvait en fait à la charge de l'un de ses parents qui pourvoyait à son entretien pour le tout, la jurisprudence admettait uniquement ce parent à demander à son conjoint remboursement de la moitié des sommes dépensées pour l'éducation de leur descendant ; et elle lui accordait dans ce but soit une action récursoire (1), soit une action de gestion d'affaires (2). Rompant avec la tradition, la Cour de

(1) Les deux époux seraient à cet égard tenus d'une obligation solidaire et indivisible envers leurs enfants. Si l'un paie le tout, il a contre l'autre le recours de tout créancier indivisible ou solidaire qui a acquitté la dette commune, et est subrogé aux droits du créancier désintéressé (art. 1214-1221-1251, C. civ.). V. à ce sujet Dall., *Répert.*, V° *Mariage*, N° 608 ; V° *Contrat de Mariage*, N° 1961-3137 ; *Suppl.*, V° *Mariage*, N° 331-379 ; Dall., Nouveau Code civil annoté, art. 203, N° 7-14, art. 1448, N° 28 et suiv.

(2) L'époux qui a payé le tout pourrait être considéré comme ayant géré pour partie l'affaire de son conjoint et avoir contre lui en conséquence l'action de gestion d'affaires ou de mandat, si l'on admet qu'il y a mandat tacite. V. Dall., *Répert.*, V° *Mariage*, N° 609 ; Cour de Paris, 26 avril 1892, D. 93.2.175.

La jurisprudence permettait aussi à la femme, dont le mari était convaincu de dissipation, de demander à la justice autorisation, lorsque son régime l'obligeait à le faire (séparation de biens), de ne pas verser sa contribution aux charges du ménage, aux mains du mari, et de la conserver pour payer directement elle-même les dépenses. En ce sens : Cass., 8 avril 1851, D. 52.2.127 ; Trib. Seine, 18 mars 1909, *Gaz. des Trib.*, 31 juillet 1909. Cf. Dalloz, *Répert.*, V° *Contrat de mariage*, N° 1952 ; Chéron, *Revue Droit civil*, 1909, *op. cit.*, p. 782 ; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. III, N° 1682 ; Laurent, t. XXIII, N° 451 ; Marcadé,

Paris est venue décider le 7 décembre 1907 (1) qu'en pareille situation la mère qui avait assumé la totalité de l'obligation aurait contre son mari une action directe et personnelle, — action lui permettant d'obtenir la restitution de moitié de ses débours comme par le passé, et en outre de se faire octroyer une pension alimentaire destinée à parer aux besoins de l'enfant.

Sans doute, bien que la femme ait une action directe, bien qu'elle soit créancière personnelle de son mari, elle n'est pas pour elle-même créancière de la pension ; elle ne l'est qu'en tant que mère d'un enfant à l'entretien duquel son mari, le père, est tenu de contribuer. Néanmoins il y a là reconnaissance d'un droit nouveau.

Mais ce n'est pas simplement le résultat de cette décision, si intéressant soit-il, qui est remarquable (2), c'est aussi le fondement que lui a attribué la Cour de Paris. Pour baser sa théorie, en effet, elle s'appuie sur la loi du 13 juillet 1907, qu'elle invoque en sa faveur : « Considérant, dit l'arrêt, que la femme doit avoir une action personnelle et directe pour contraindre le mari à fournir sa contribution aux charges communes ; — considérant que la loi du 13 juillet 1907 contient dans ses articles 7 et suivants une application de ce principe ; qu'à défaut l'obligation du mari n'aurait pas d'autre sanction que la demande en divorce ou en séparation de corps... »

t. VI, art. 1537-11 ; LALOU, *Des Droits de la femme mariée sur les produits de son travail et les produits du travail de son mari*, N° 77, p. 175.

(1) D., 1908.2.209, et la note.

(2) De là il s'en suit en effet que la mère, titulaire d'une action directe, ne pourra pas se voir opposer par son mari les exceptions qu'il eut été à même d'invoquer contre elle au cours de l'action récursoire ou de gestion d'affaires, en invoquant sa situation de subrogée aux droits du créancier désintéressé.

Rien que cette dernière phrase suffirait à souligner le revirement de la jurisprudence, et à montrer la distance qui sépare sa thèse actuelle de la précédente. Cependant l'argument de la loi de 1907 importe davantage encore. Ce n'est pas tant, pour la Cour, la loi elle-même qui a permis l'octroi à la femme de l'action directe, que le principe dont elle ne fait que réaliser la mise en œuvre. N'empêche qu'avant la loi la jurisprudence semblait ignorer ce principe ! Maintenant, au contraire, elle le pose comme une règle préexistante et supérieure, dont le législateur a poursuivi l'application et dont le juge peut, à son tour, invoquer le bénéfice.

Du fait donc que la Loi du 13 juillet 1907 donne à la femme une action directe contre son mari pour le forcer à contribuer sur les produits de son travail aux charges du ménage, la Cour, statuant d'une façon générale et indépendamment des circonstances de la cause, conclut qu'elle peut bien, en s'inspirant de la même pensée, accorder à l'épouse une action directe contre son conjoint pour l'obliger à contribuer sur tous ses biens aux dépenses de l'éducation de l'enfant, celles-ci constituant essentiellement une des charges du ménage.

Or, parmi ces dernières, nous trouvons également l'entretien personnel de la femme, et entretien selon son état, tel que le précise l'article 214. Si nous reconnaissons à l'épouse action contre son mari pour le forcer à subvenir à certaines de ces charges, pourquoi ne pourrions-nous pas la lui donner aussi pour le contraindre à satisfaire les autres ? D'autant plus que, comme le dit la Cour de Paris, la loi de 1907 lui attribue ce droit, et plus que ce droit même, puisqu'elle y joint le moyen d'en obtenir une immédiate réalisation. D'autant plus encore, comme l'observe l'arrêt, que le législateur n'a pas créé un droit nouveau pour la femme, mais qu'il n'a

fait qu'assurer l'application d'un droit antérieur, en le pourvoyant d'une procédure particulièrement simple et rapide.

Dès lors pour quelle raison n'aurions-nous pas faculté de reconnaître à la femme vivant avec son mari le droit de lui demander une pension alimentaire en cas de besoin ? Les objections tirées de l'atteinte qui serait portée par là aux pouvoirs du chef du ménage et de la communauté ont été méprisées et foulées par le législateur de 1907 dont l'œuvre relève tant, en théorie tout au moins, la condition de l'épouse. Il ne s'est pas laissé arrêter par ces vains argum nts, tirés du respect aveugle d'une tradition devenue néfaste ; devant la réalité qui lui montrait ses besoins et la nécessité de porter remède aux insuffisances de nos institutions juridiques, il s'est incliné : il a donné jour au vœu de la pratique. C'est d'une bonne méthode ; le Droit est, de son essence même, destiné à régler de la manière la plus juste et la plus efficace possible les exigences de la vie en société ; il doit se modifier avec elles. Or l'action est pour la femme le seul moyen véritable d'obtenir satisfaction et de forcer son mari à remplir l'obligation qu'il méconnait. Ainsi que le déclare la Cour de Paris, mieux inspirée que la jurisprudence précédente, sans l'action le devoir du mari n'aurait plus de sanction réelle, et son manquement ne pourrait plus être puni que du divorce ou de la séparation de corps, procédés de répression beaucoup plus que d'exécution.

B. — Les époux vivent séparés

Sysième reçu.

Si la vie en commun est la condition normale des époux, condition qui leur est imposée tant par la loi que par le mariage lui-même, il s'en faut pourtant qu'il en soit toujours

ainsi. Il arrive que les conjoints, bien qu'unis par leurs justes noces, mènent tous deux une existence séparée.

Cette dissociation peut d'abord leur être infligée par des circonstances indépendantes de leur volonté, par exemple la maladie de l'un ou de l'autre qui exige son départ du domicile conjugal et son transfert en un lieu hospitalier approprié. Nous avons vu précédemment qu'en pareille hypothèse on considère, étant donné les nécessités de la cause et la brièveté escomptée du séjour hors du toit familial, qu'il n'y a pas séparation entre les époux : la vie commune est censée continuer (1). Cette dissociation peut ensuite provenir de circonstances tenant à la volonté plus ou moins libre des conjoints ; en ce cas ils se décident ou se résignent à mener chacun une existence propre. Il y a alors vraiment séparation entre eux ; et comme elle ne résulte que de leur seule initiative, sans aucune intervention de justice, elle n'a pas de valeur en droit : c'est un pur fait.

Lorsqu'une telle séparation se produit entre les époux, comment la femme fera-t-elle pour vivre, comment obtiendra-t-elle de son mari l'exécution de l'obligation que lui impose l'article 214 ?

Tout d'abord il est possible que des arrangements aient été conclus à ce sujet par les conjoints.Ces conventions sont nulles, comme contraires à l'ordre public (violation des articles 214 et 307), au même titre que la séparation sur laquelle elles se fondent (2). En conséquence si le mari s'est

(1) V. LAURENT, t. III, N° 57, cité antérieurement, et l'arrêt de Cass. du 24 mars 1818, dans Dalloz, V° *Mariage*, N° 754.

(2) V. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. III, N° 2131. *Adde* AUBRY et RAU, t. VII, § 470, p. 190. Cf. HUSSON, *La Séparation de fait entre époux, Thèse*, Toulouse, 1914, p. 71 et suiv. Il en serait de même d'une convention en sens contraire dans laquelle les époux s'entendraient pour se décharger de leur obli-

engagé par là à servir une pension alimentaire à sa femme, celle-ci en bénéficiera tant qu'il remplira son obligation. Mais le jour où il cessera de le faire, elle ne pourra pas lui en réclamer l'exécution, un acte nul étant impuissant à ouvrir une action en justice.

L'épouse aura-t-elle alors faculté de réclamer directement à son mari une pension alimentaire, en s'appuyant sur l'article 214 ? De même s'il n'était point intervenu de pacte entre eux ? La doctrine et la jurisprudence s'entendent en cette matière pour faire des distinctions, selon les causes qui ont motivé la séparation. Nous nous bornerons à les résumer brièvement, l'accord étant presque établi, et la question ne soulevant plus guère de controverse.

Si la femme a abandonné le domicile conjugal par caprice, elle a méconnu l'obligation que lui impose l'article 214 de cohabiter avec son mari, et, par suite, l'a délié lui-même de celle que met à sa charge ce même article 214 ; les obligations naissant du mariage étant corrélatives, celui qui viole la sienne ne saurait obliger l'autre à remplir celle qui lui incombe personnellement. Aussi cette femme n'a pas droit à prétendre à pension (1).

Au contraire si c'est l'épouse qui a été abandonnée au domicile conjugal par son mari, elle pourra lui demander des aliments au cas où il ne lui fournirait pas le nécessaire (2).

gation réciproque de se fournir des aliments. V. Dijon, 21 janvier 1891, D. 91.2.349. Note PLANIOL, 1 et 2.

(1) Voir en ce sens : AUBRY et RAU, t. VII, § 470, p. 191, et § 471, p. 136, N° 11 ; BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, t. III, N° 2132 ; DEMOLOMBE, t. IV, N° 94 ; LAURENT, t. III, N° 90 ; PLANIOL, t. I, N° 895. — En ce sens aussi Dijon 21 janvier 1891, D., 91.2.349 et la note de M. PLANIOL ; Trib. Seine, 3 mai 1915, *Gaz. des Trib.*, 29 octobre 1915.

(2) En ce sens: AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 470, p. 191 ; BAUDRY et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, N° 2134. C'est par application de cette idée que di-

Elle aura pareille faculté également si elle ne s'est retirée de la maison commune que contrainte et forcée, soit parce qu'elle en a été chassée par son conjoint (1), soit parce qu'elle a dû la fuir pour se soustraire aux mauvais traitements dont elle était l'objet, soit même enfin parce qu'elle n'y avait pas une situation en rapport avec sa condition (2) : dans toutes ces hypothèses, son départ, bien que provenant de son fait, n'est pas un acte de sa libre volonté : la séparation qui en résulte a de justes motifs ; au fond la femme n'a manqué en rien à ses devoirs envers son mari ; c'est pourquoi elle sera en droit de le solliciter de remplir le sien (3).

Le système de la doctrine et de la jurisprudence aboutit ainsi à attribuer à la femme séparée de fait une situation

verses lois ont permis à la femme dont le mari ne remplit pas ses obligations, de faire saisir ou même retenir par mesure administrative partie de la pension civile ou militaire à laquelle il a droit. Cf. à ce sujet : AUBRY et RAU, 4e édit., t. V, § 470, p. 133, N° 8. ; BAUDRY et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, N° 2134. En outre la loi du 13 juillet 1907 serait applicable en ces cas.

(1) En ce sens : BEUDANT, t. I, N° 309 ; BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, t. III, N° 2135 ; DEMOLOMBE, t. IV, N° 110 ; LAURENT, t. III, N° 54 et 94 ; PLANIOL, t. I, N° 895 ; Cass., 2 janvier 1877, D., 1877.1.162.

(2) Sur ces deux points : BEUDANT, *op.* et *loc. cit.* ; BAUDRY et HOUQUES-FOURCADE, N° 2136 ; DEMOLOMBE, *op. cit.*, N° 95. (Il admet le droit de la femme à des aliments lorsqu'elle ne trouve pas au domicile conjugal une situation en rapport avec sa condition, mais non quand elle prétend se soustraire, par son départ, aux mauvais traitements dont elle est l'objet de la part de son mari, parce qu'elle ne peut être dispensée de cohabiter que pour des faits actuels et non pour des faits passés, N° 97). LAURENT, *op. cit.*, N° 56 ; Douai, 26 mars 1901, D. 1902.2.188 et la note ; Paris, 16 décembre 1914 ; *Gaz. des Trib.*, 19 novembre 1915. Spécialement sur le deuxième point, voyez : Dall., Code civil annoté, art. 214, N° 80 ; Dal., *Juris. gén.*, V° *Mariage*, N° 768 ; *Sup.* eo. V°, N° 422.

(3) Consulter sur cette question PARMENTIER, *Des Aliments entre époux en droit français et en droit comparé*, *Thèse*, Paris, 1901, notamment N° 53 et 54. Cf. aussi HUSSON, *op. cit.*, p. 76 et suiv.

raisonnable : chaque fois qu'elle a légitimement quitté le toit conjugal elle sera en état d'exiger que son mari lui fournisse ailleurs les avantages auxquels elle y pouvait prétendre. Sa condition se trouve même supérieure à celle de l'épouse demeurée en vie commune : celle-là, en effet, n'est pas admise à réclamer des aliments à son mari, alors même qu'il la réduirait à une existence incompatible avec sa condition sociale — tout au moins dans l'opinion de la majorité des auteurs et des tribunaux. Qu'elle déserte le foyer, au contraire, et elle se verra, en se basant sur cette même cause, allouer une pension alimentaire. Anomalie ! En voulant renforcer envers et contre tout l'autorité maritale, on pousse à la méconnaître, à la braver, et à s'y soustraire. L'excès de protection conduit à un résultat inverse de celui qu'on cherchait, et amène l'ébranlement de l'institution qu'on entendait consolider.

Un coup plus fort encore, comme nous l'avons déjà dit, lui fut porté par la loi du 13 juillet 1907, qui rencontre ici aussi matière à application. On reconnaît que la femme peut saisir-arrêter les produits du travail de son mari — dans une mesure propre à assurer sa convenable contribution aux dépenses du ménage — aussi bien en cas de vie séparée qu'en cas de vie commune (1). Mais on reconnaît également qu'il y a lieu de faire des distinctions selon les motifs qui ont pro-

(1) V. Baudry et Houques-Fourcade, t. III, N° 2129 *quater* ; Colin et Capitant, t. I, p. 366 ; Chéron, *Revue Droit civil*, 1909, p. 788 ; Civ., 1er février 1909, D. 1909.1.85, S. 09.1.209 et la note de M. Tissier ; Cass., *Req.*, 13 juillet 14, S. 1915.1.7 ; Trib. de paix, Paris, VIIe Arrondissement, 21 juillet 1916, *Gaz. des Trib.*, 14 août 1916.

Une décision contraire (Tribunal de Boulogne-sur-Mer, 5 mars 1908, D. 1909.2.17, au sujet de laquelle est intervenu l'arrêt de Cass. de 1909), est demeurée isolée et sans suite. Cf. Lalou, *Les Droits de la femme mariée sur les produits de son travail et les produits du travail de son mari*, p. 69 et suiv., puis 185 et suiv., et références.

voqué la séparation, et que c'est seulement dans l'hypothèse où la femme a de justes raisons à invoquer à son appui et n'a pas de faute à se reprocher qu'elle peut recourir à la saisie-arrêt (1). En somme, pour déterminer les conditions d'obtention des aliments, on assimile le régime nouveau créé par la loi de 1907 au système précédent basé sur la responsabilité de la dissociation des conjoints.

Tels sont les principes fixant en matière alimentaire la condition de la femme séparée de fait d'avec son mari. Posés par la jurisprudence et la doctrine, consacrés par la Loi de 1907, ils révèlent un louable sentiment de logique et d'équité. La considération dominante de leurs inspirateurs a été d'adapter, dans la mesure du possible, les règles rigoureuses du Code dans le domaine matrimonial aux situations malheureuses créées par la vie de chaque jour et non prévues par nos lois. Grâce au caractère corrélatif des obligations engendrées par le mariage, et à cette idée en découlant : quiconque omet de remplir son devoir à l'égard d'autrui délie par la même autrui de la nécessité d'exécuter celui qu'il en attendait, — ils ont pu assurer à la femme libre une situation satisfaisante. C'est une des rares conjonctures où durant le mariage le droit de l'épouse apparaît en face de celui de son mari, et est reconnu égal au sien. Mais c'est à l'heure seulement où le lien matrimonial se relâche que ce résultat est obtenu : procédé bizarre pour une société qui veut favoriser les unions ! Au fond, juges et législateurs ont dû céder devant

(1) Voir en ce sens : Paris, 7 déc. 1907, D. 08.2.209 ; Tribunal de Boulogne, 5 mars 1908, D. 1909.2.17, et la note ; Cass. 13 juillet 1914 précité. Cf. également : Le Courtois et Surville, la Loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, N° 21 ; Chéron, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1909, p. 788. *Adde Revue Droit civil*, 1916, p. 82.

les exigences des faits et se soumettre aux circonstances et aux mœurs : la pratique a fait la loi.

***

Ayant ainsi examiné les deux états dans lesquels une femme mariée peut se trouver placée, et les droits que chacun d'eux lui confère vis-à-vis de son conjoint tenu de l'entretenir, nous connaissons la condition que le droit commun lui réserve en matière alimentaire. En cas de vie commune, on lui nie la possibilité d'obtenir une pension, pour ne pas porter atteinte aux droits du mari comme chef du ménage et de la communauté ; si parfois on fait exception à cette règle et qu'on lui accorde cette faculté, c'est à titre tout à fait exceptionnel. Au cas de séparation de fait, au contraire, on l'admet au bénéfice de la pension, pourvu qu'elle ne soit pas en faute. Doctrine de précaution et de prudence, insuffisante mais supportable tout de même en temps normal où les remèdes de la procédure ou de l'existence permettaient de pallier à ses inconvénients, qu'allait-elle devenir dans le grand bouleversement des choses et des situations qu'engendrait la guerre (1) ?

(1) Les législations étrangères se sont préoccupées comme la nôtre de cette question des aliments. Parmi elles nous trouvons d'abord le groupe des nations latines dont les dispositions s'inspirent des précédents français. Le Code Civil Italien, par son article 132, et le Code Civil Espagnol, par son article 143, obligent le mari à fournir à sa femme ce qui lui est nécessaire pour vivre. Mais le Code Italien ne nous dit pas comment l'épouse pourra mettre son droit en œuvre et lui faire donner satisfaction. Le Code Espagnol dit bien que la demande d'aliments s'intente en premier lieu contre le conjoint, cependant il ne précise pas si cela est général ou ne s'applique qu'en cas de vie séparée.

Parmi les nations germaniques, le Code Civil Allemand impose aussi au mari l'obligation d'assurer la subsistance de sa compagne et de l'entretenir à son foyer (art. 1360), en réservant toutefois à la femme le droit d'exiger que le revenu net du bien d'apport soit consacré à l'entretien

SECTION II

LE DROIT DE LA GUERRE

A. — La femme du mobilisé peut-elle demander une pension alimentaire à son mari (1) ?

Question préalable. — Avant d'aborder l'étude de ce sujet et de voir les solutions que la pratique lui a données, il im-

exclusif de la famille (art. 1389). De son côté le Code Civil Suisse proclame également le droit de l'épouse à des aliments (art. 160), et, en cas de négligence du mari, lui accorde la faculté de toucher, avec la permission du juge, les créances de son conjoint (art. 171).

Aux États-Unis, de par la Common Law, la femme est en mesure de réclamer des aliments à son conjoint, et elle engage celui-ci par les dépenses quotidiennes qu'elle effectue (V. LEHR. *Le Droit Civil des Etats-Unis*, N° 41, p. 24-25 ; PARMENTIER, *Des Aliments entre époux*, p. 276 ; ROGUIN, *Le Mariage*, N° 135, p. 186 ; *Ibid.*, *Le Régime Matrimonial*, N° 873, p. 789). Seulement, ce mandat tacite, que les autres législations reconnaissent aussi, comme nous le verrons plus loin (Cf. 2e Partie, tit. I, chap. 1, sect. 1), tout en le laissant davantage sous la dépendance du mari (V. art. 1357 C. Civ. All. et 164 C. Civ. Suisse), ne rend service à la femme qu'autant que son époux dispose de crédit.

Pour la mieux protéger le Droit Anglais, dont la Common Law consacre pareillement le mandat tacite et déclare le mari obligé par les dépenses de « necessaries » contractées par sa compagne, sans que celle-ci puisse être dépouillée de ce pouvoir (Cf. AFTALION, *op. cit.*, p. 254-257 ; LEHR, *Le Droit Civil Anglais*, t. I, N° 121, p. 74) accorde à l'épouse le droit de réclamer durant la vie commune une pension alimentaire (Cf. BARCLAY, *La Femme Anglaise*, p. 36, note 1 ; ROGUIN, *Le Mariage*, N° 142, p. 193. V. spécialement sur ce point : AFTALION, *op. cit.*, p. 253 ; JENKS, *A Digest of English Civil Law*, B. IV et V, *Commentaire sous* art. 1867 (iii) ; *Earl of Halsbury, The Laws of England*, t. XVI, V° *Husband and Wife*, art. 1213 (4) ; *Encyclopaedia of the Laws of England*, t. IV, V° *Désertion*, p. 530). C'est là la solution rationnelle, la seule conforme à la logique et à l'équité. Du moment qu'on attribue à la femme le droit à des aliments, il faut lui reconnaître aussi le droit de se les faire délivrer.

(1) Comme nous l'avons exposé précédemment, le terme mobilisé a, dans les questions de droit, un sens strict. C'est celui-là qu'il possède ici,

porte de résoudre une question préalable. Une complication surgit ici en effet. Demander à quelqu'un une pension alimentaire, c'est, puisque cette personne ne fournit pas de son propre gré au créancier ce qui lui est nécessaire pour vivre, la traduire en justice pour la faire condamner au paiement d'une somme déterminée. La femme qui réclame des aliments à son mari sera donc obligée de l'amener au prétoire. Or, d'après la Loi du 5 août 1914, art. 4, toutes les instances sont suspendues à l'égard des citoyens appelés sous les drapeaux, et toutes nouvelles poursuites sont interdites à leur encontre (1). Il n'est pas permis de les faire venir au tribunal, ni de recourir contre eux à des mesures d'exécution.

Le législateur a voulu que les soldats ne puissent pas être inquiétés pendant qu'ils sont pris tout entiers par le service militaire, et que leurs intérêts ne puissent en rien être menacés durant leur absence. C'est une mesure de simple équité : la nation qui leur enlève leur liberté et leurs moyens de défense, se devait de leur apporter en retour protection et sauvegarde. De ce fait, les militaires cités en justice ont une exception pour repousser les poursuites entamées contre eux, et les faire renvoyer à une date postérieure à la cessation des hostilités.

comme ailleurs. Il ne désigne pas tout individu que la guerre a atteint et que la mobilisation a enlevé à son foyer, mais seulement ceux qui sont présents sous les drapeaux, c'est-à-dire présents à leurs corps. Il ne concerne pas ceux qui ne l'ont pas rejoint ou qui en ont été renvoyés ou détachés. Ceux-là peuvent être, dans une mesure plus ou moins grande, militarisés, et soumis à une discipline particulière ; ils ne sont pas pour cela astreints au régime spécial qu'impose au soldat la présence au corps : ils n'éprouvent pas les difficultés d'agir que celui-ci rencontre ; ils ne sauraient donc jouir des avantages qui ont été édictés en sa faveur. Cf. *Supra*, p. 4-27.

(1) Cette défense a été maintenue par les décrets du 10 août 1914, 15 décembre 1914 et 11 mai 1915.

La prohibition étant générale, il semblerait que la femme voulant agir contre son mari doive nécessairement se heurter à elle et se voir débouter. Il en serait ainsi, en effet, et la question de la pension alimentaire du mobilisé serait par là même tranchée, si le texte de l'article 4 de la loi du 5 août 1914 avait réellement une portée aussi large que celle qu'il paraît avoir. Mais l'a-t-il ?

Aucune instance, dit-il, ne pourra être engagée. Que faut-il entendre par là ? Ce terme englobe-t-il toutes les procédures susceptibles d'être intentées devant les tribunaux, ou n'en laisse-t-il pas certaines en dehors de son domaine ? N'y a-t-il pas des procédures qui ne sont pas des instances proprement dites, et qui, par conséquent, pourraient être utilisées à l'encontre des mobilisés malgré la loi du 5 août 1914 ? Une controverse est née sur ce point : certaines décisions de jurisprudence ont admis que le référé ne rentrait pas dans la dénomination d'instance, et restait permis envers les citoyens appelés sous les drapeaux, notamment en ce qui concerne la pension alimentaire ; d'autres, au contraire, ont refusé de faire exception pour le référé au principe général de prohibition, et ont maintenu les mobilisés à l'abri de toute atteinte. C'est là une question que nous n'avons pas à discuter pour le moment et que nous examinerons plus loin, dans notre deuxième partie, quand nous nous occuperons de l'intervention de la femme en justice.

Il nous suffit pour l'instant que son introduction ait été jugée possible et que l'appel en justice d'un mobilisé ait été autorisé pour que nous recherchions comment le problème de la pension alimentaire pouvait se poser, et comment il a été résolu.

En admettant donc que la femme ait faculté d'agir contre son mari mobilisé, et de lui réclamer l'exécution de son obli-

gation d'entretien prévue par l'article 214 du Code civil, il nous faut nous demander ce que, devant une telle prétention, les principes précédemment dégagés conduiraient à décider. Ces notions, nous l'avons vu, distinguaient deux situations : celle de la femme vivant en commun avec son mari, et celle de l'épouse vivant séparée de lui. Dans laquelle de ces deux conditions la femme du mobilisé se trouve-t-elle ? C'est ce qu'il importe d'élucider tout d'abord.

1° *La Mobilisation qui enlève l'homme à son foyer laisse-t-elle subsister l'existence commune ou la rompt-elle ?*

Nous avons dit antérieurement qu'en dépit d'elle le mariage demeurait intact et continuait à produire tous ses effets. Seulement, s'il en est ainsi, c'est que le mariage est un état de droit ; il donne aux personnes qui l'ont contracté, en se soumettant à certaines formalités, une condition juridique déterminée, celle d'époux ; et seul un autre acte, accompli selon les règles fixées par la loi, pourrait venir anéantir l'état de droit existant pour le remplacer par un nouveau, et attribuer aux personnes en cause une condition juridique différente. Un simple fait, séparation volontaire, ou involontaire comme celle qu'occasionne la Mobilisation, est impuissant à modifier la situation des époux : bien qu'éloignés l'un de l'autre, ils restent toujours mariés. Mais poursuivent-ils aussi leur existence commune ?

Le rapprochement des deux questions nous montre immédiatement ce qu'elles ont de dissemblable. L'existence commune n'est plus, en effet, comme le mariage, un état de droit ; c'est un simple état de fait. Il résulte de la cohabitation des deux époux sous un même toit, de leur séjour en un même lieu, de l'association continue de leurs vies et du partage quotidien de tout ce qui les entoure. Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage, ce me semble, disait déjà

Loysel (1), exprimant en termes simples et familiers les signes essentiels et caractéristiques du mariage. La vie commune est en somme la réalisation normale de ce dernier ; — nous disons normale, car, d'une part, elle peut exister sans qu'il y ait mariage, et, d'autre part, celui-ci peut exister sans qu'elle l'accompagne ; — c'est l'état de fait correspondant à l'état de droit. Par cela même qu'elle n'est qu'un fait, elle n'a pas la solidité du mariage ; un fait contraire, sans influence sur lui, viendra la détruire. Une séparation des époux, pour une cause ou une autre, rompra la vie commune. Le bon sens seul l'indique.

Cependant, cette solution de logique est-elle conforme à la vérité ; n'est-elle pas qu'une apparence, sans concordance avec le fond des choses ? La Mobilisation fait-elle bien cesser l'existence commune ? Ce qui avait établi celle-ci, c'est sans doute le fait de la cohabitation des époux, mais c'est aussi leur volonté, antérieure au fait lui-même et lui servant de base. Or, si l'appel du mari sous les drapeaux modifie la situation matérielle des conjoints, interrompt leur coexistence, il ne touche en rien à leur situation morale, il n'anéantit pas leur volonté de vivre ensemble. Ce n'est pas de son propre gré que le mari s'en va ; c'est contraint et forcé, soit que la loi l'y oblige, soit que sa conscience l'y pousse. S'il quitte sa femme, il ne l'abandonne pas ; si les circonstances le mettent dans la nécessité de s'éloigner d'elle, il ne s'en sépare pas, au sens psychologique du mot. L'élément réel subit une atteinte, l'élément intentionnel demeure intact. Le changement de l'un ne coïncide pas avec un pareil changement de l'autre. Bien plus, ce départ aura peut-être pour

(1) *Institutes Coutumières*, Liv. I, Tit. II, VI, N° 108. Edition Dupin et Laboulaye, t. I, p. 147.

effet de resserrer l'union intime des époux, de la rendre plus étroite et plus vive. N'est-il pas osé, dès lors, de parler de cessation de leur vie commune ? Celle-ci, pour prendre une forme nouvelle, n'en subsiste-t-elle pas moins ?

Certes la dissociation des époux ne provient pas de leur propre consentement ; elle leur a été imposée par les événements, et résulte en quelque sorte d'une force majeure. D'un autre côté elle n'est pas définitive : non seulement la pensée des époux est de la faire disparaître dès que possibilité s'en montrera ; mais encore les circonstances mêmes qui l'ont provoquée sont destinées à y mettre fin. Somme toute elle est involontaire et, par nature, temporaire : voilà qui la différencie d'une séparation de fait ordinaire, découlant de l'initiative des deux époux ou de l'un d'eux, et qui ne contient pas en soi un principe de terminaison.

Au surplus, nous avons vu par ailleurs que certaines éventualités pouvaient venir au cours du mariage éloigner les époux l'un de l'autre sans faire cesser la vie commune. Ainsi au cas de placement du mari dans une maison de santé ou de transport de la femme dans un hôpital. Dans ces occurrences, à raison du caractère momentané de l'absence, celle-ci n'entraîne pas séparation (1).

Oui, tout cela est exact. Il n'empêche pourtant qu'il y a quelque chose de changé dans la situation des conjoints. Leur intention restée identique est impuissante à supprimer ce qui existe : ils ne vivent plus ensemble. Séparation d'ordre particulier peut-être, mais séparation quand même.

Il y a là un fait dont on ne saurait nier la matérialité. Prétendre que la vie commune continue, c'est aller à l'encontre de la réalité des choses, c'est, comme nous avons déjà

(1) V. Laurent, t. III, N° 57. Cf. p. 113.

eu l'occasion de le dire (1), recourir à une fiction ; c'est admettre qu'étant donné l'intention des époux de maintenir leur union intacte, il faille renoncer à tenir compte de leur situation présente (2). Oui, ils peuvent, si tel est leur désir, vouloir assurer la persistance de leur association, car c'est là une chose qui est soumise à l'influence de leur volonté, et qui dépend même exclusivement d'elle. Seulement, comme nous avons essayé de le montrer par ailleurs aussi (3), cette association, ce ménage, ne se confond pas avec la vie commune : c'est un ensemble dont celle-ci n'est qu'un des éléments ; et à l'égard de celui-là, purement matériel, la volonté des conjoints est inopérante. Ils seraient incapables, le souhaiteraient-ils, de vouloir assurer la continuation de leur existence unique. C'est là un point qui, n'étant pas du domaine psychologique, les dépasse. Quand la séparation se produit, ils ne peuvent empêcher son effet de se réaliser. Aussi, s'il est raisonnable de présumer chez eux l'intention de maintenir leur union et leur ménage, on ne peut leur prêter semblable pensée à l'égard de leur vie commune.

D'ailleurs il est fort probable que si à l'heure de la Mobilisation ils songent au lendemain, c'est de façon toute diffé-

(1) V. p. 28.

(2) C'est cette thèse qui semble avoir été consacrée par un arrêt de la Cour de Caen du 12 janvier 1916 (*Gaz. des Trib.*, 29 mars 1916 ; *Le Droit*, 28 mars 1916) qui subordonne la faculté pour la femme d'obtenir une pension alimentaire à la nécessité de formuler une demande en divorce et de se faire attribuer une résidence séparée. C'est donc que, pour la Cour, la mobilisation du mari qui a laissé la femme seule au domicile conjugal, n'a pas créé de séparation entre les époux. La Cour va même plus loin et parle de cohabitation. Les époux habitant Valognes, et le mari étant mobilisé dans un hôpital de Cherbourg, elle dit : « Attendu qu'elle (la femme) peut donc être autorisée dans ces conditions à cesser provisoirement une cohabitation qui mettrait en péril sa personne et sa dignité. »

(3) V. p. 29 et 30.

rente. Dans l'esprit de la majorité, ce départ pour un temps indéterminé, pour toujours peut-être, n'éveillera-t-il pas une idée de changement d'existence, semblable à celle que suggère, en temps de paix, le départ pour le service militaire ? Or, dans ce dernier cas, fait-on abstraction de cette notion, et prétend-on que le jeune homme appelé sous les drapeaux continue à vivre chez ses parents ? Non, puisque, si on reconnait que son domicile reste au foyer domestique, on admet que sa résidence est ailleurs, à son corps : donc c'est là qu'il vit. Pourquoi en serait-il autrement ici, et pourquoi soutiendrait-on que malgré l'absence du mobilisé son existence avec sa femme est censée se poursuivre ? Les conditions ne sont-elles pas les mêmes ? Dès lors n'impliquent-elles pas une même solution ? Ici, comme là, le lien de droit doit être maintenu ; le mariage, comme le domicile, subsiste ; mais dans l'une et l'autre occurrence le lien de fait est rompu ; la vie commune, comme la résidence, cesse. Supposer le contraire, c'est précisément méconnaître l'intention qu'on s'efforce de découvrir. Le simple ne s'embarrasse pas de subtilités. Il apprécie les choses telles qu'elles se révèlent et ne les interprètent pas par des recherches de volontés. Sans compter que certains ménages qui ne vivaient pas en bonne intelligence, ont pu rencontrer dans cette séparation forcée une occasion de rupture depuis longtemps désirée. Faire jouer la fiction à leur égard, c'est manifestement courir à l'erreur, et leur attribuer une pensée fausse.

D'autre part si nous avons indiqué tout à l'heure que parfois durant le mariage la cohabitation se trouvait suspendue sans que la vie commune cessât et qu'il en résultât une séparation, cela ne saurait se produire que dans des cas exceptionnels où l'éloignement des époux est de courte durée, temporaire, ou même momentané pour parler comme

Laurent (1). Peut-on assimiler à ces situations celle d'un mobilisé que la guerre tient hors de son foyer des mois et des mois, des années même ? La comparaison n'est pas permise. Il ne s'agit plus ici d'une simple absence, terminée en quelques jours, et ayant si peu bouleversé la vie des époux qu'ils ne se sont pour ainsi dire pas sentis séparés. Il s'agit au contraire d'une interruption véritable de leurs relations, d'un changement radical dans leur façon de vivre, changement qui se prolonge et soumet chacun d'eux à une existence nouvelle, isolée et solitaire : en pareille conjoncture, comment affirmeer qu'il n'y a pas séparation, alors qu'elle est là, réelle et sûre, et s'impose douloureusement aux deux conjoints.

Une objection se conçoit. Cette forme de vie nouvelle ne constitue pas une vie séparée, puisqu'un rapprochement des parties est toujours possible — et il est même probable, plus, presque certain — par suite du retour du mari en permission. Sans doute cette éventualité est de nature à se réaliser. En quoi, pourtant, modifiera-t-elle la situation ? De ce que les époux pourront, deci delà, se réunir quelques jours, en résultera-t-il la preuve que leur existence commune a continué comme par le passé ? N'est-ce pas bien plutôt le contraire que cette rencontre, de caractère passager, démontrera : à savoir que les conjoints ne vivent plus ordinairement ensemble. Au surplus, le soldat qui accomplit son temps normal de service militaire ne va-t-il pas aussi, à certains moments, en permission au foyer domestique ? Ces retours modifient-ils en quelque chose sa condition ? Est-il censé reprendre par là sa vie dans la maison familiale ? Non : son existence militaire persiste, et il continue à être soumis à la discipline

(1) V. LAURENT, t. III, N° 57.

qu'elle lui impose (1). Son séjour au milieu des siens, n'étant que passager, ne rétablit pas le cours de sa vie passée. Pourquoi n'en serait-il pas de même du mari que les circonstances ont rappelé sous les drapeaux ?

D'un autre côté, ne serait-il pas contradictoire de supposer que cet individu continue à mener à son foyer son existence antérieure et en même temps d'édicter une suspension de toutes instances et poursuites à son égard, précisément parce qu'il ne se trouve plus dans la même situation que jadis, et en état de se défendre. Cette interruption des procédures n'est-elle pas la constatation d'un état de fait existant et la preuve que le mobilisé ne vit plus au centre de ses intérêts ? Pourquoi donc vouloir aller à l'encontre de la réalité ?

Enfin si le mobilisé avait son ménage établi en une région envahie par l'ennemi, et que sa femme a été obligée de quitter le domicile conjugal pour s'installer en un autre endroit, on aurait peine à soutenir que la coexistence se poursuit, puisqu'elle n'a jamais eu lieu dans ces conditions. C'est la femme seule qui remonte un foyer ; le mari, n'y ayant jamais vécu, peut-il être censé, à raison de son unique intention, y être actuellement ?

Toutes ces raisons nous poussent à croire que si la Mobilisation laisse intact l'état de droit régnant entre les époux, elle modifie l'état de fait correspondant : le mariage demeure ; la vie commune cesse. Une séparation intervient. Certes, celle-ci a des caractères particuliers qui la distinguent d'une séparation ordinaire : elle est forcée et non voulue, elle est temporaire et non définitive ; imposée par une force majeure, elle est destinée à disparaître avec cette dernière.

(1) Art. 57-2 du Code de Justice Militaire.

Dès lors si changement il y a, pourquoi le nier ? Dans quel intérêt méconnaître les faits pour recourir à une fiction, pure création de l'esprit ; surtout quand il n'est point besoin d'elle pour donner à la question une solution plausible et raisonnable ? Non : tout le veut, la logique comme la réalité, le bon sens comme les textes : la présence du mari sous les drapeaux empêche la vie commune de continuer et engendre une séparation entre époux.

2° *La Séparation de fait créée par la guerre donne-t-elle à la femme le droit de réclamer des aliments à son mari ?*

Il n'est pas besoin de repéter qu'il faut tout d'abord que le mari ait des ressources lui permettant de remplir l'obligation d'entretien que l'article 214 lui impose. Ceci étant, on serait tenté de répondre affirmativement à la question que nous posons ci-dessus. Nous avons vu, en effet, que, de droit commun, la doctrine et la jurisprudence admettent la femme à solliciter une pension alimentaire en cas de séparation de fait. Comme la rupture de leur coexistence ne lui est ici en rien imputable, il serait juste de lui reconnaître aussi cette faculté. Seulement cette assimilation se heurterait à une difficulté, car les deux situations ne sont pas identiques. Il y a séparation et séparation ; et celle que la guerre impose, pour ressembler à celle que nous avons étudiée précédemment, ne lui est pas en tous points pareille.

D'ordinaire, si la séparation peut fonder une pension au profit de la femme, ce n'est qu'autant que la responsabilité ne lui en incombe pas, et qu'au contraire elle pèse sur son mari. C'est la faute de celui-ci qui ouvre le droit de l'épouse. Sans cette culpabilité de son conjoint, cette dernière ne serait pas recevable à lui réclamer des aliments. Or si la séparation que crée la guerre ne saurait être mise à la charge de la femme, elle ne saurait davantage être mise à celle ud

mari. Celui-ci n'en doit pas plus compte que celle-là. C'est son fait qui la provoque, mais un fait qu'il n'est pas libre d'accomplir ou non, dont l'initiative et l'exécution ne lui appartiennent pas, et qui lui est imposé par la loi. Dans ces conditions, n'en étant pas maître, il ne peut, semble-t-il, en subir les suites. — Ce serait exact si la conséquence de cet acte constituait une responsabilité véritable pour le mari. Or, il n'en est rien. La pension qu'il devra fournir à sa femme ne sera pas une peine pour lui ; ce sera la simple exécution d'une obligation naturelle et légale. Durant la vie commune il était tenu de donner à son épouse le nécessaire pour vivre. Quand, pour une raison indépendante de la volonté de celle-ci comme de la sienne, leur coexistence vient à cesser, il ne doit pas pouvoir se dérober au devoir qu'il a librement assumé : l'équité exige que, disposant encore du moyen de le remplir, il le fasse. Les circonstances le forceront à l'exécuter d'une autre façon. Au lieu de s'en acquitter en nature, il s'en acquittera en argent. Peu importe la manière dont il est réalisé, ce devoir reste le même.

Si donc, le mari n'étant pas en faute, on ne peut *à priori* étendre à la séparation engendrée par la guerre, les solutions données pour la séparation de fait ordinaire, il n'en résulte pas que le mari ne puisse être astreint à payer à sa femme une pension alimentaire. D'un côté comme de l'autre, le fondement de la mesure est identique : l'obligation d'entretien. Seulement le fait qui impose une transformation dans l'accomplissement de ce devoir diffère : ce n'est plus une faute, ce sont des circonstances de force majeure. Cela ne doit pas modifier la solution ; la faute obligeait le mari à subir cette modification : la force majeure ne saurait l'en dispenser, étant donné qu'elle ne le met pas dans l'impossibilité de satisfaire à son engagement. Certes, elle peut aboutir à

donner à celui-ci un poids qu'il n'avait pas précédemment et à le rendre plus lourd pour lui : mais l'augmentation de la charge qu'il a acceptée n'est pas une cause d'exonération pour le débiteur (1).

Ainsi les points de vue rationnel et juridique concordent pour nous montrer que l'absence de responsabilité du mari dans l'abandon du foyer auquel sa mobilisation le contraint, n'est pas un motif qui lui permette de repousser la demande en pension alimentaire de sa femme. Au surplus la Loi du 13 juillet 1907 vient encore ici à notre aide pour nous fournir une indication favorable. Son article 7 qui accorde à l'épouse le droit de se faire attribuer une portion des produits du travail de son conjoint, statue en termes des plus larges ; et nous avons vu qu'on l'appliquait aussi bien au cas de vie séparée qu'au cas de vie commune. La généralité du principe qu'il consacre, en application des articles 212 et 214 du Code civil : le droit de la femme d'obtenir durant le mariage, et quelles que soient les circonstances où se déroule la vie des conjoints, une somme raisonnable pour vivre, ne nous autorise-t-elle pas à reconnaître à la femme du mobilisé la faculté de solliciter l'octroi d'une part de la solde maritale ? Celle-ci constitue bien le produit du travail de l'époux, et c'est en rémunération de son activité, appréciée selon un tarif uniforme, qu'elle lui est allouée. Nous sommes, par conséquent, dans une conjoncture où la règle fondamentale de la loi de 1907 peut jouer.

Il en serait de même si, son mari ne recevant pas de solde ou n'en recevant qu'une trop peu élevée pour que distraction d'une partie en soit possible, la femme prétendait exercer son droit sur le traitement que l'ancien employeur de son

(1) Voir en ce sens les jugements intervenus au sujet du contrat de travail que nous examinons plus loin, 2e Part., Tit. I *bis*, Chap. I.

conjoint continuerait à servir à celui-ci : par exemple, dans l'hypothèse d'un fonctionnaire à qui l'Administration verserait ses appointements comme s'il effectuait réellement son service. Ce serait là un cas qui, normalement, en temps de paix, rentrerait dans le domaine de la Loi de 1907. Puisque son concept est encore susceptible d'application dans les circonstances nouvelles où nous nous trouvons, pourquoi n'en tiendrait-on pas compte ? Si au contraire les revenus du mari que la femme désirerait atteindre ne correspondaient plus en rien à son travail, actuel ou passé, la base de la demande d'aliments ne serait plus dans la loi de 1907 qui n'a pas osé affecter toutes les ressources du mari aux besoins du ménage, mais dans les articles 212 et 214, beaucoup plus larges, et aussi logiques qu'équitables.

Nous voyons donc que les principes juridiques et législatifs sont d'accord en la matière : les uns et les autres nous fournissent des indices semblables : et c'est le concours de ceux-ci qui nous permet de proposer théoriquement une solution à la question qui nous préoccupe : l'obligation alimentaire étant une suite nécessaire du mariage et non de la vie commune, la femme doit avoir faculté, malgré la séparation d'existence que la Mobilisation a créée entre elle et son mari, d'obtenir de ce dernier une pension alimentaire.

Ce côté du problème étant examiné, tournons-nous maintenant vers l'autre, et demandons-nous comment, en pratique, la jurisprudence a répondu à l'épouse qui élevait devant elle pareille prétention.

B. — Système de la Jurisprudence

Dans les rares décisions que les recueils nous apportent sur le sujet, la Jurisprudence parait s'être efforcée de main-

tenir, nonobstant les conditions nouvelles que la guerre créait, sa doctrine du temps de paix. A peine assiste-t-on à une tentative de réaction, pas toujours heureuse, de la part des Présidents des référés, désireux d'affirmer leurs prérogatives et de manifester leur pouvoir.

En principe la Jurisprudence ne s'arrête pas à la question que nous avons essayé d'élucider et ne se demande plus, comme elle le faisait autrefois, si les époux mènent vie commune ou si une séparation est intervenue entre eux. Tantôt elle ne s'inquiète pas du tout de ce point, comme dans un arrêt de la Cour de Bastia du 6 juillet 1915 (1). Tantôt elle semble supposer le problème résolu par avance, et résolu dans le sens de la continuation de la vie commune. C'est ce que montre un arrêt de la Cour de Caen du 12 janvier 1916 (2) qui, ainsi que nous l'avons vu précédemment, déclare même, en dépit de la mobilisation du mari dans un lieu autre que celui de son domicile, qu'il y a encore cohabitation des conjoints. Un autre passage de ce même arrêt confirme d'ailleurs cette opinion : en subordonnant, comme il le fait, la faculté pour la femme d'obtenir une pension alimentaire, à la nécessité d'être autorisée au préalable à avoir une résidence séparée, il témoigne de son sentiment que la vie commune persiste. Nous avons dit plus haut ce que nous pensions de cette idée ; aussi nous n'y revenons pas (3).

Et c'est sans davantage examiner le fond de l'affaire que la Cour de Bastia, dans l'arrêt précité, a admis l'appel formé contre une ordonnance du Président du Tribunal civil de Bastia, statuant en référé, qui imposait à un mari l'obliga-

(1) Bastia, 6 juillet 1915, Dall. 1916.2.41.

(2) Cass., 12 janvier 1916, *Le Droit*, 28 mars 1916, *Gaz. des Trib.*, 29 mars 1916, *Recueil Gaz. des Trib.*, 1915.2.547.

(3) V. p. 143 et suiv.

tion de payer à sa femme, provisoirement et à titre d'aliments, une certaine somme mensuelle. La Cour se borne à constater qu'une telle demande, qu'elle soit principale ou accessoire à une demande en divorce, ne saurait être reçue contre un citoyen présent sous les drapeaux (1). Ce seul motif permet-il de conclure que la Cour eût accepté la prétention de la femme si le mari n'avait pas été mobilisé ? Non, sans doute ; il serait téméraire de le préjuger. En même temps l'arrêt annule la procédure de saisie-arrêt qui avait été pratiquée par l'épouse pour avoir paiement de la pension, ainsi que le jugement de validation qu'elle avait obtenu. Les juges de première instance avaient donc reconnu complètement le droit de la femme, non seulement en le consacrant, mais encore en lui permettant de le mettre en œuvre et de poursuivre sa réalisation. Les juges d'appel, à l'inverse, sans discuter le bien fondé de ses dires sur ce point, lui dénient toute faculté d'agir, en acceptant dès l'abord l'exception de mobilisation proposée par le mari et en investissant celle-ci d'un caractère général et absolu.

Au contraire plus intéressant, parce que plus explicite apparaît l'autre arrêt que nous avons signalé, pris par la Cour de Caen le 12 janvier 1916. La demande en pension alimentaire intervenait ici consécutivement à une demande en divorce. Le président du Tribunal avait reçu la requête de la femme, lui avait attribué un domicile séparé, et malgré la Loi du 5 août 1914, art. 4, lui avait permis de citer son mari en conciliation. Puis, sur référé de celui-ci, qui opposait sa mobilisation, il avait renvoyé la tentative de conciliation à

(1) C'est également pour ce seul motif, la Mobilisation du mari, que M. Wahl refuse à la femme le droit d'exiger de son conjoint le paiement d'une pension alimentaire. V. WAHL, *Le Droit civil et commercial de la guerre*, t. I, N° 375, p. 358, et N° 390, p. 374.

une date postérieure à la fin des hostilités, tout en déclarant le mari tenu de verser à sa femme une pension alimentaire. Sur appel de l'époux, la Cour de Caen confirma en cette matière l'ordonnance de référé, donnant pour fondement à la décision du juge relative à la pension alimentaire, l'article 242 du Code qui autorise la femme à prendre des mesures conservatoires pour ceux de ses biens dont le mari à l'Administration et la jouissance, donc, déduit la Cour, à faire placer certains de ses biens sous séquestre, pour leurs revenus lui être attribués à titre d'entretien.

Sans vouloir discuter ici ce dernier point qui dépasse notre question (1), nous voyons, par cet exposé, tout l'effort qu'a accompli la Cour. Placée en face d'une demande de pension alimentaire, dans une espèce qui révélait manifestement la justesse de la prétention de la femme, elle a voulu satisfaire à la requête de celle-ci sans violer la Loi du 5 août 1914. Aussi, reconnaissant qu'il lui était impossible de prononcer une condamnation contre le mari, elle a eu recours à ce biais que lui fournissaient la procédure du divorce et l'article 242. Pourquoi la Cour fait-elle appel à ce moyen d'une valeur juridique incertaine ? Pour lui permettre de sortir du dilemme dans lequel elle s'était enfermée. D'une part, elle ne croyait pas pouvoir accorder au Président le droit de mettre direc-

(1) La Cour aboutit en effet à faire trancher avant la tentative de conciliation une question — allocation de la pension alimentaire — qui d'après les termes de l'article 238 ne peut être tranchée qu'après elle. La Cour a eu tort, selon nous, d'invoquer ici l'article 242. On pouvait justifier la solution admise sans y recourir. Quand le président accorda, en effet, la pension à la femme, il statuait, non comme magistrat chargé de recevoir la demande en divorce et d'ordonner les premières mesures nécessaires à l'existence de l'épouse, mais comme juge des référés ayant pouvoir de prendre toutes décisions de caractère provisoire et ne nuisant pas au principal. A ce titre il était compétent pour prescrire l'allocation d'une pension.

tement à la charge du mari le paiement d'une pension alimentaire, sans violer la Loi du 5 août 1914 : en effet, ce magistrat ne jouit de ce droit qu'après la tentative de conciliation : or il n'était pas en mesure d'y procéder ici ; le faire eût été engager l'instance, et méconnaître ainsi l'article 4 de la dite loi. D'autre part, elle ne croyait pas pouvoir non plus repousser la demande de la femme, dont le bien fondé ne semblait pas douteux. De là cette échappatoire.

Seulement il n'y avait dilemme que parce que la Cour l'avait voulu, parce qu'elle s'était laissé dominer par la théorie traditionnelle de la jurisprudence : la femme ne saurait obtenir de pension alimentaire durant le mariage et la vie commune, alors qu'aucune séparation n'est venue lui donner une existence indépendante : en ce cas la seule façon pour elle de se faire attribuer les aliments auxquels elle prétend avoir droit est de formuler une demande en divorce (1). Ceci étant, et, d'un autre côté, la Mobilisation n'étant pas considérée par la jurisprudence comme une cause de séparation, il lui fallait, pour résoudre raisonnablement la question, chercher un procédé plus ou moins subtil, qu'elle a pensé trouver dans l'article 242.

Cependant la Cour eut pu s'épargner ce système contestable. Il lui eut été assez aisé de se tirer d'affaire sans renier pour cela la doctrine habituelle aux tribunaux. Il lui eut suffi de remarquer, comme nous l'avons fait tout à l'heure (2), que si le président intervenait au cours d'une procédure de divorce, ce n'était pas en tant que magistrat des divorces, mais en tant que juge des référés ; ce qui lui donnait capacité de prendre toutes les mesures provisoires que l'intérêt de la femme exigeait. La Cour semble bien avoir aperçu la distinc-

(1) V. Arrêt de Nancy, 6 juillet 1895, D. 96.2.181, S. 97.2.45.
(2) V. page précédente, note 1.

tion (1), seulement elle n'en a pas tiré la conséquence qui en découlait logiquement.

En somme, c'est la thèse du temps de paix qui persiste, malgré les conditions nouvelles dans lesquelles les circonstances ont placé le problème. La jurisprudence semble vouloir ignorer ces modifications. Aujourd'hui comme jadis, elle ne reconnaît à la femme mariée le droit de réclamer des aliments qu'autant que celle-ci manifeste en même temps son désir de rompre l'union conjugale : elle consent à protéger la femme ; elle ne veut pas assurer la libre existence de l'épouse.

Et pourtant, dans quelle situation la guerre n'a-t-elle pas mis celle-ci. Éloignée de celui qui avait charge et mission de la nourrir et de la faire vivre, livrée à elle-même, elle ne dispose d'aucun moyen pour rappeler son mari au sentiment de son devoir, et le forcer à remplir ses obligations. On aurait pu penser, étant donné le genre de vie différent que mène la femme, d'où résulte pour sa demande une valeur particulière, que la jurisprudence aurait éprouvé moins de scrupules à consacrer les droits de l'épouse et à sanctionner les devoirs du chef du ménage. Non. Elle a eu peur encore de porter atteinte aux prérogatives de ce dernier ; c'est bien l'affirmation que celles-ci doivent être maintenues quel que soit l'usage qui en est fait. Peu importe qu'il y ait abus ; peu importe le sort de la femme, pourvu que les principes soient sauvegardés ! Désireuse, toutefois, de conserver à ses décisions les apparences de la justice, elle a imaginé ce procédé du séquestre, pour assurer à celle qui a apporté à son conjoint une forte dot, une situation à peu près en accord avec sa fortune

(1) V. l'arrêt : « Attendu, dit-il, relativement à la pension alimentaire qu'elle peut aussi, en cas d'urgence, faire l'objet de mesures provisoires ordonnées en référé ».

propre ! Quel détour pour ne pas céder devant la logique !

Quelle perspective aussi pour les malheureuses qui ont uni leur vie à un homme dont elles ont contribué à faire la prospérité, par leurs ressources, leur activité industrielle ou domestique, et à qui, la guerre venue, elles ne pourront rien réclamer parce qu'elles n'ont pas à leur disposition une certaine masse de biens personnels ! Peut-on mieux faire voir les inconvénients de la communauté qui englobe tous les meubles de la femme ? Celle qui a mis en commun une fortune mobilière quelconque, grosse ou petite, ne pourra rien obtenir (1). Le seul remède à une telle situation, continue à dire la jurisprudence, sans plus l'affirmer, c'est le divorce. Et c'est après avoir admis la femme à présenter sa requête (n'est-ce pas un peu pour s'autoriser à lui allouer une pension qu'elle a reçu sa requête : sinon, obligée qu'elle était de renvoyer la citation en conciliation à une date postérieure à la cessation des hostilités, à quoi servait son admission ?) et lui avoir accordé une résidence séparée, qu'elle recourt à ce procédé indirect de pension. Ainsi il n'y aura pas d'aliments durant la vie commune. L'effort d'équité que montre cette solution est sans doute louable, cependant il révèle des tendances qui nous paraissent peu en harmonie avec les textes et l'esprit de notre législation, et surtout avec les nécessités de la pratique (2).

(1) La jurisprudence a, en effet, tendance à ne pas laisser déposséder le mari de l'administration des biens de la Communauté. Paris, 27 octobre 1895, Dal. 96.2.95 ; Paris, 29 juin 1915, *Gaz. des Trib.*, 29 juillet 1915, *Le Droit*, 28 juillet 1915, *Recueil périodique de procédure civile*, 1917, p. 205. La femme ne peut donc se procurer une pension alimentaire en faisant nommer un sequestre aux biens de la communauté ou du mari, pour obtenir partie de la jouissance.

(2) Subordonner le droit à pension de la femme à la nécessité d'une demande en divorce de sa part, c'est pousser, nous l'avons vu, à la multiplication des divorces, alors que l'allocation d'une pension pour-

Plus important encore a été l'effort réalisé par une troisième décision de justice, la plus intéressante qu'à notre connaissance la guerre ait produite en cette matière. Une ordonnance du Président du Tribunal de la Seine a reconnu à la femme mariée la faculté de réclamer en référé un prélé-

rait consolider l'union, en rappelant le mari à une plus saine appréciation de ses devoirs et des besoins de sa compagne. En outre c'est rendre le divorce obligatoire et l'imposer à des gens qui peuvent ne pas en vouloir. Enfin ne sera-ce pas, en certains cas tout au moins, revenir au divorce par la volonté d'un seul ? Certains mobilisés ne profiteront-ils pas de leur situation actuelle pour invoquer leur manque de ressources et négliger leur femme ? Celle-ci demandant le divorce comblera leurs vœux.

D'un autre côté, comme le font observer justement MM. Colin et Capitant, (t. I, p. 611), on ne permet pas à la femme de demander une pension alimentaire, mais on l'autorise à prendre un domicile séparé quand son mari ne lui en fournit pas un en rapport avec sa condition sociale ou sa condition d'épouse. N'est-ce pas là aussi une atteinte à ses droits de chef ? Pourtant on ne s'arrête pas à cette objection et on sanctionne le manquement du mari. La femme ne peut pas être tenue de remplir ses obligations quand son conjoint ne remplit pas les siennes (*exceptio non adimpleti contractus*). L'époux qui ne donne pas à sa compagne la subsistance nécessaire ne méconnaît-il pas aussi ses devoirs ? Dès lors, si c'est, en l'état normal des choses, une obligation pour la femme de ne rien réclamer à son mari, celui-ci peut-il se plaindre, lorsqu'il oublie son engagement, qu'elle déroge à son tour au sien.?

Si nous envisageons la question au point de vue social, nous voyons bien d'autres inconvénients à la solution jurisprudentielle. Ne pas accorder à la femme le droit d'obtenir des aliments de son mari mobilisé, à quoi cela la poussera-t-il, sinon à rechercher des ressources ailleurs, à demander à un autre ce que son mari lui refuse et ce que la justice s'obstine à ne pas lui allouer, à l'adultère, peut-être à la prostitution !

Sanctionner les obligations maritales, c'est amoindrir peut-être la souveraineté du maître, mais c'est renforcer le mariage ; c'est diminuer l'omnipotence du chef de l'institution, mais c'est consolider l'institution elle-même ; c'est la rendre, en même temps que plus honnête et plus digne, plus ferme et plus durable. N'est-ce donc pas alors de quelque avantage et de quelque importance ? Les décisions de justice n'ont pas seulement une portée juridique, elles ont aussi une portée sociale ; et pourvu que les textes ne soient pas irrémédiablement violés dans leur lettre et leur esprit, il faut sauvegarder celle-ci. Nous oserions même dire que si un conflit se présentait entre un intérêt juridique et un intérêt

vement sur la solde de son mari mobilisé pour l'acquit de la dette alimentaire (Tribunal de la Seine, Référés, 18 avril 1916 (1)). C'est consacrer son droit à une pensoin.

Nous avons vu qu'en vertu du Décret du 9 octobre 1914, art. 1, la femme d'un mobilisé peut demander l'institution à son profit d'une délégation d'office de moitié de la solde de son mari. Mais celui-ci a faculté de s'opposer à cette mesure, et, par son refus, de la rendre inefficace. La femme toutefois ne s'en trouve pas absolument désarmée ; car un autre texte vient lui offrir un remède : c'est l'article 36e du Décret du 10 janvier 1912 qui l'autorise à solliciter du Ministre de la Guerre une retenue sur la solde de son conjoint. Seulement une condition est imposée à l'introduction de cette requête : il faut qu'un jugement ait mis au préalable à la charge du militaire le paiement d'une pension alimentaire. Comment l'épouse d'un mobilisé arriverait-elle à l'obtenir, puisque la Loi du 5 août 1914, art. 4, interdit toute instance contre un citoyen présent sous les drapeaux.

Comment ? Par le référé, a déclaré le Président de la Seine, car si les instances sont défendues contre un mobilisé, le référé reste ouvert à son égard quand les circonstances font apparaître la nécessité de mesures urgentes. Or, ajoute-t-il, « dans la catégorie des cas urgents rentre évidemment celui d'une femme mariée aux prises avec des besoins alimentaires immédiats. » Sa présence sous les drapeaux ne saurait sous-

social, il faudrait faire prévaloir celui-ci sur celui-là ; il importe d'assurer la vie du droit, mais à condition qu'elle soit en harmonie avec la vie de la société ; si elle lui est contraire, il faut faire plier la règle de droit devant l'intérêt public, car un tel cas révèlerait que le principe juridique a été mal conçu ou mal posé. Alors il est néfaste à la vie sociale et ne saurait recevoir application.

(1) V. *Le Droit*, 12 mai 1916, *Gaz. des Trib.*, 13 mai 1916, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1916.2.6.

traire le mari à l'obligation d'entretien que le Code lui assigne (art. 214). Si les ressources dont il dispose lui permettent d'en distraire une partie au profit de sa femme, le juge des référés doit l'y contraindre. Et pour ce faire l'institution de la retenue lui apporte un procédé de coercition très simple et très sûr. Le juge arbitre la somme dont la femme a besoin pour son entretien ; il déclare le mari tenu de la lui payer ; puis il prescrit que les mensualités lui en seront versées selon les usages et réglements de l'Armée pour pareille matière, c'est-à-dire au moyen d'une retenue correspondante opérée sur la solde du mobilisé et mandatée au nom de sa femme.

Le résultat de cette décision, c'est d'attribuer à l'ordonnance de référé le rôle d'un jugement, puisqu'elle va permettre l'obtention d'une mesure qui d'après le Décret du 10 janvier 1912 ne pouvait être accordée que sur présentation d'un jugement. Et c'est le juge des référés lui-même qui, s'attribuant, à raison des circonstances exceptionnelles, une mission prétorienne, confère cette valeur à son ordonnance. Ainsi, malgré la loi du 5 août 1914, une décision de justice oblige le mari à servir une pension à sa femme, et en outre en assure le paiement à celle-ci.

La question de la pension alimentaire est par là tranchée : on ouvre à la femme la possibilité de l'obtenir. Le Président va même loin en cette voie, car il déclare que quelles que puissent être les récriminations du mari contre son épouse, son devoir d'entretien n'en subsiste pas moins vis-à-vis d'elle, et que ce n'est pas la condition particulière, différente de la précédente, difficile peut-être, que les événements lui ont faite, qui pourrait l'en dispenser. Dire cela, c'est proclamer que la femme a un droit absolu à des aliments, indépendamment de la volonté du mari et de la situation

dans laquelle il se trouve. Que l'époux soit en mesure d'en fournir, et il le doit : sa femme peut avoir des torts envers lui, du moment qu'elle ne manque pas à ses obligations il ne saurait manquer aux siennes. Dès lors s'il ne s'acquitte pas de bon gré du devoir qui lui incombe, le juge l'obligera à le remplir en mettant à sa charge une pension alimentaire.

Sans doute l'espèce avait quelque chose de spécial dont il nous faut tenir compte. C'est qu'en effet l'exécution de la décision était pour ainsi dire organisée à l'avance : il suffisait de déclarer qu'il y avait lieu à pension, pour que le service de celle-ci fut assuré. La retenue allait, d'une façon très commode, pourvoir à ce but : elle donnait à l'ordonnance une certitude préalable de satisfaction. Aussi, on peut se demander si le juge, n'ayant pas ce procédé à sa disposition, aurait répondu de la même manière à la requête de la femme.

Pourtant au fond, en prescrivant ainsi au débiteur du mari d'effectuer retenue sur le traitement de celui-ci, il ne fait qu'utiliser l'idée de la loi de 1907 et une procédure analogue à la sienne. La femme n'avait pas liberté de recourir à cette dernière, l'instance qu'elle exige lui étant interdite par la loi du 5 août 1914. Mais c'est à un système semblable qu'aboutit le Président des référés : il veut obliger le mari à contribuer aux dépenses du ménage : l'ordonnance qu'il rend à cette fin remplace le jugement du Juge de paix ; et sa signification au tiers débiteur opère attribution au créancier de la somme fixée, comme il en arrive pour la sentence de ce magistrat. Les conditions d'application sont bien les mêmes : il s'agit ici aussi d'une sorte d'opposition faite sur les produits du travail du mari. Dans un cas comme dans l'autre, il y a à la fois reconnaissance d'une pension alimentaire et mesures prises pour assurer son exécution. Du fait que ces deux éléments sont ici unis tandis que d'ordinaire ils se présentent séparé-

ment, le principe n'en demeure pas moins certain : il y a allocation d'une pension : celle-ci offre une forme spéciale, mais, peu importe, elle existe. Telles sont les choses dans l'hypothèse de la loi de 1907, telles elles sont également dans notre ordonnance. Par cette retenue qui est édictée à son profit sur la solde de son mari, et dont Délégation lui est faite, c'est en réalité une pension qui lui est consentie (1).

Nous sommes donc en présence d'une décision judiciaire qui accorde à la femme une pension alimentaire durant le mariage, et sans qu'il y ait eu demande préalable en divorce. Loin d'exiger semblable requête le Président nous montre qu'alors même qu'elle ne serait pas en mesure de la former, parce qu'elle aurait elle-même des torts à se reprocher, l'épouse n'en aurait pas moins droit à des aliments. Cette opinion se sépare ainsi nettement de celle consacrée jusqu'ici par la jurisprudence et que nous avons eu l'occasion d'étudier. Nous avons soutenu que cette dernière était contraire à la lettre comme à l'esprit de nos textes, et méconnaissait les principes d'humanité et même d'honnêteté qui doivent régler les rapports des époux. Nous voyons aujourd'hui dans cette

(1) Le Ministre de la Guerre a considéré cette ordonnance comme mettant à la charge du mari une véritable pension alimentaire, équivalente à celle qui résulterait d'un jugement de condamnation, et pouvant, en conséquence, donner lieu à retenue.

Dans la réponse qu'il adresse aux demandes de retenues, le Ministre déclare :

« Si aucun jugement n'a été rendu en ce sens, la jurisprudence du tribunal civil de la Seine permet à la femme d'assigner en référé son mari militaire aux fins d'obtenir une pension alimentaire dont le paiement pourra être assuré en vertu de l'article 36, susvisé, du Décret du 10 janvier 1912. »

Cf. *Recueil périodique de Procédure Civile*, 1917, N° 298, note 6.

Donc le Ministre reconnaît que l'ordonnance de référé établit une véritable pension alimentaire, et d'autre part que cette ordonnance a fait jurisprudence. Il se rallie donc à une interprétation favorable à la femme.

ordonnance le Président invoquer de semblables motifs de légalité et d'humanité pour faire droit à la demande de la femme. « Attendu, dit-il... qu'il est équitable, légal et urgent de décider que sa solde sera diminuée... »

Cette façon de dire le Droit améliore sérieusement la situation de la femme (1). Elle lui fait durant le mariage une condition qui lui était inconnue ; elle tend à la relever de son infériorité et à la rendre plus égale à son mari. L'Equité, c'est bien là le fondement sur lequel il faut s'appuyer en cette matière. Le Code ayant scrupuleusement précisé les droits du mari, sans indiquer ceux de l'épouse, et celle-ci ne pouvant pas être abandonnée à l'absolue discrétion de son conjoint, il est juste et raisonnable de lui apporter le secours d'une interprétation *ex æquo et bono*, reconnaissant sa personnalité et sauvegardant sa dignité.

Cette décision règle-t-elle la question de la pension alimentaire d'une façon absolue ? Certes ce n'est qu'un référé, et la mesure qu'il prend n'a qu'un caractère provisoire. Mais toutes les mesures prises en matière alimentaire ne présentent elles pas cette même physionomie, et ne sont-elles pas susceptibles d'être modifiées quand les circonstances changent ? D'autre part cette ordonnance a statué en un cas où il s'agissait d'atteindre les produits du travail du mari, ce que la

(1) A un autre point de vue encore cette ordonnance consacre une solution libérale. Elle déclare que quelles que puissent être les récriminations du mari contre sa femme, son devoir d'entretien n'en subsiste pas moins. Ainsi donc, quand bien même le mari aurait des griefs envers sa femme, il ne peut pas les sanctionner par une suppression d'aliments. Priver d'aliments quelqu'un à qui vous en devez, parce qu'il a des torts envers vous, ce n'est pas un moyen admissible ; c'est inhumain, c'est se faire justice soi-même et en quelque sorte se venger. Il faudrait cependant, il nous semble, réserver le cas où la femme manque aux devoirs primordiaux que lui impose le mariage, et où le mari aurait alors l'exception non *adimpleti contractus* pour ne pas exécuter les siens.

loi du 13 juillet 1907 autorisait déjà. L'hypothèse où il faudrait frapper les revenus personnels du mari n'a pas été élucidée. Cependant, étant donné la largeur avec laquelle le référé a posé le principe de l'obligation alimentaire du mari et son devoir de fournir à sa femme le nécessaire pour l'existence, quand ses ressources le lui permettent, on peut supposer qu'en pareille situation il eut accordé également une pension (1).

(1) Postérieurement la juridiction des référés de la Seine fut de nouveau saisie d'une question de ce genre. A la demande de sa femme le mari ripostait suivant la théorie classique : étant donné que sa situation de mobilisé résultait d'un cas de force majeure, il ne pouvait être considéré comme ayant fait cesser la vie commune ; et tant que celle-ci dure il ne saurait être tenu à pension, alors surtout qu'il n'a pas été destitué de ses pouvoirs d'administrateur de la communauté. Le Président refusa de faire droit à la requête en jugeant qu'il n'y avait pas lieu à référé. Il ne tranche pas la question de savoir si la femme a droit ou non à la pension. Il se borne à déclarer que, vu les circonstances de la cause le référé ne saurait être admis, parce que la mesure sollicitée n'a pas un caractère provisoire et dépasse les bornes de la compétence du référé ; il ne dit pas que si le référé avait été reçu, il n'aurait pas fait droit à la demande de la femme. La question de la pension demeure donc en dehors de la décision.

V. *Gaz. des Trib.*, 4 novembre 1916. Chronique.

Une autre décision intéressante a été rendue sur notre sujet par le Tribunal de la Seine le 16 mars 1916 (*Gaz. Trib.*, 24 novembre 1916). Les juges ont décidé que quand le mari n'est pas en mesure de fournir des aliments à sa femme, mais qu'il possède des parents en état de le faire, son épouse a le droit, en se prévalant du lien de l'alliance qui l'unit à ceux-ci, de leur demander de quoi vivre. Ces parents sont obligés de l'assister à défaut de leur fils impuissant.

M. Wahl admet également que la personne qui a droit à pension et ne peut agir contre le débiteur, parce qu'il est mobilisé, a faculté de se comporter comme si ce dernier était insolvable et, en conséquence, d'actionner ceux qui sont tenus subsidiairement de la pension. V. *op. cit.*, t. I, N° 375, p. 359. Toutefois le mobilisé, n'étant pas réellement insolvable, devra rembourser après la guerre ceux qui ont avancé ces sommes pour lui. *Ibid.*, *loc. cit.*, p. 359-360.

CONCLUSION

Jetons maintenant un coup d'œil en arrière. Dans les quelques décisions qui nous sont rapportées sur le sujet, nous voyons la jurisprudence de guerre travailler pour procurer à la femme les ressources auxquelles les revenus du mari l'autorisent à prétendre légitimement. Sans doute elle n'est pas encore arrivée à la munir d'un droit franc à pension : un juge le lui accorde, un autre le lui refuse : il n'y a pas entente unanime, mais le principe a pourtant été consacré. Sans doute les circonstances ont eu leur part d'influence sur ces solutions. Ont-elles été l'unique motif qui ait inspiré l'interprète? Celui-ci n'a-t-il pas été poussé aussi par une meilleure appréciation de la condition de la femme, que des événements particulièrement cruels ont mieux révélée ? Toujours est-il que l'on constate une initiative, une tentative, nous n'osons dire encore un progrès. D'une façon directe ou d'une manière détournée, on s'est ingénié à assurer à l'épouse le nécessaire pour vivre, le quantum en étant fixé d'après les facultés du mari. On a rompu ou l'on a essayé de rompre avec la doctrine du passé, dont les conjonctures ont montré toute l'insuffisance et l'égoïsme ; on a voulu donner satisfaction aux besoins de la pratique ; on y a réussi plus ou moins bien. N'empêche qu'il y a là un effort qu'il nous a paru intéressant de signaler. Puisse la minuscule ébauche ne pas s'évanouir avec la tourmente qui l'a portée à la vie !

TITRE II

LA MÈRE

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

ULPIEN, *Règles*, Liv. I, *Dig.*, 1, *I De Justitia et Jure*, 10.

GÉNÉRALITÉS

Mère, la femme mariée se trouve placée dans la même condition de subordination qu'épouse. La dépendance à laquelle le mariage l'a soumise, l'atteint aussi bien dans ses rapports avec ses enfants que dans ses relations avec son conjoint. Et cette infériorité est peut-être ici plus lourde encore pour elle. Que sa personne et ses biens soient mis à la discrétion du mari, c'est déjà là une solution peu conforme aux principes d'égalité et d'équité qui devraient régir les membres de la société conjugale ; mais que les enfants nés de cette femme, issus de son sang et de son corps, soient enlevés à sa direction pour être réservés exclusivement à celle de l'époux, c'est là quelque chose de plus choquant et de plus inique.

Sans doute le Code nous dit bien, à l'article 372, que l'en-

fant reste sous l'autorité de son père et de sa mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Mais ce n'est là qu'une affirmation gratuite que vient démentir et renverser aussitôt l'article 373 : « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage ».

En l'état normal des choses donc, c'est-à-dire lorsque le père et la mère sont vivants et font ménage ensemble, le père seul a pouvoir sur les enfants.

C'est là une solution rigoureuse pour la mère. Mais le Code ne pouvait pas ne pas la consacrer. Du moment qu'il imposait à la femme obéissance envers son mari, et qu'il attribuait à celui-ci la conduite du ménage et la qualité de chef, il devait lui reconnaître aussi autorité unique sur les enfants. La puissance paternelle est la suite et la conséquence de la puissance maritale. La volonté de la mère, à l'égard des enfants, ne saurait venir contrecarrer celle du père, parce que par là l'épouse manquerait à son devoir d'obéissance. Le partage d'autorité ne se conçoit pas plus pour les questions intéressant les enfants que pour toutes autres affaires communes. Le principe de centralisation étant posé, il fallait en poursuivre l'application (1).

Ainsi l'autorité reconnue à la mère n'a pas de lieu pendant le mariage : tant que celui-ci dure, elle sommeille, elle demeure à l'état statique. Elle attend pour prendre vie que quelque événement vienne empêcher son détenteur ordinaire d'exercer ses droits. Cet événement, ce sera le plus généralement la mort du mari et père (2) ; ce pourra être aussi son interdiction (3), sa déchéance de la puissance pater-

(1) L'article 373 s'explique par l'article 213. V. De Loynes, Note au D. 91.2.73.

(2) Art. 373 *a contrario*, et 384.

(3) Art. 29 C. Pénal.

nelle (1), son absence (2), ou son état mental (3) ; ce pourra être enfin, mais dans une mesure limitée seulement, un jugement de divorce ou de séparation de corps prononcé contre lui (4).

En dehors de ces circonstances où la puissance paternelle change de titulaire soit par suite de la rupture du mariage, soit, sans elle, en vertu de dispositions légales particulières, elle reste durant toute l'union entre les mains du mari. Celui-ci peut s'éloigner, être absent ou mieux non présent, il n'en conserve pas moins toutes ses prérogatives. C'est ainsi que malgré la Mobilisation qui l'appelle à l'armée, il continue à être investi de tous ses droits sur ses enfants. Son départ laisse subsister le mariage : il laisse par là même persister la puissance paternelle qui en est un des effets. Alors même que son éloignement du foyer familial — éloignement forcé, indépendant de sa volonté et auquel il ne lui est pas permis de se soustraire — créerait une séparation de fait, il n'engendre point une séparation de droit : l'association n'est pas même relâchée ; elle demeure ce qu'elle était auparavant.

Mais s'il en est ainsi au point de vue théorique, combien en sera-t-il autrement en pratique ! Qu'on le veuille ou non, ce ménage ne sera plus ce qu'il était jadis. Ce père absent n'aura plus la faculté d'exercer ses attributions comme il avait l'habitude de le faire. Comment va-t-il désormais mettre en œuvre ses droits de garde et de surveillance (art. 374 C. Civ.), de correction (art. 375 C. Civ.), de jouissance légale, s'il y a lieu (art. 384 C. Civ.)? Comment va-t-il

(1) Art. 9 de la loi du 24 juillet 1889.
(2) Art. 141 C. Civ.
(3) POTHIER, *Traité des Personnes*, Ire Partie, Titre VI, Sect. 2, N° 134. Edit. Bugnet, t. IX, p. 52.
(4) Art. 302 C. Civ.

remplir ses devoirs d'éducation, d'entretien, d'administration légale, qui constituent la contrepartie de ses pouvoirs ? Droits et devoirs exigent, pour être satisfaits, sa présence continuelle à côté de ses enfants. Il faut qu'il soit là pour veiller sur eux, au point de vue matériel comme au point de vue intellectuel, pour diriger leur conduite comme leur instruction. Il a et il a seul autorité pour cela. Retenu au loin, écarté des siens pendant de longs mois, emprisonné peut-être dans les camps de l'ennemi, il n'aura plus liberté de faire jouer cette autorité. Les circonstances viendront ainsi entraver son activité et rendre ses pouvoirs illusoires. Bien qu'en étant toujours nanti, il sera empêché de les utiliser.

Qu'adviendra-t-il alors ? Ces enfants, qu'il a mission de guider dans la vie, ne peuvent pas rester sans tuteur et sans soutien. Ils ont besoin de quelqu'un près d'eux, pour assurer leur entretien et leur éducation. Sans doute leur mère s'y emploiera ; et il n'était pas nécessaire qu'à l'article 203 le Code imposât à celle-ci l'obligation de pourvoir à leur existence physique et morale pour qu'elle le fit : l'affection aurait suffi à l'y déterminer. Mais il est certaines questions qu'il ne lui appartient pas de trancher, et dont la solution dépend du père seul, titulaire exclusif de la puissance. De quelle façon, par exemple, élevera-t-elle les enfants communs ? Les conservera-t-elle près d'elle, ou au contraire les placera-t-elle dans un établissement d'instruction ? Celui-ci sera-t-il laïc ou confessionnel ? Ayant opté pour le premier, leur fera-t-elle donner une éducation religieuse, ou non ? S'il s'agit d'un enfant qui se destine à une profession manuelle, lui permettra-t-elle d'aborder celle-ci qu'il souhaite entreprendre, mais que son père ne voit pas avec faveur ? L'enverra-t-elle à l'atelier, ou dans une école spéciale ? De même encore, si cet enfant désire s'engager dans l'Armée (art. 374 C. Civ.),

obtenir son émancipation (art. 477 C. Civ.), se marier (art. 148 C. Civ.). Comment obtiendra-t-il les autorisations et consentements indispensables ? Sa mère va-t-elle les lui fournir ? Voilà quelques-unes des difficultés (1) que l'absence du père est susceptible de soulever. Il y a des décisions à prendre ; il y a peut-être des obligations à contracter. Comment régler les choses ?

Pour le faire le législateur est intervenu. C'est là l'objet de la loi du 3 juillet 1915 : elle institue, au profit de la mère, une délégation provisoire de l'exercice de la puissance paternelle, au cas où le père est empêché d'y pourvoir pour cause de guerre. Nous aurons donc à l'étudier. Mais comme ce texte est venu tardivement, et qu'avant sa mise en œuvre il a fallu parer aux besoins de la pratique, il nous semble intéressant d'examiner en premier lieu la situation qu'en une telle hypothèse le droit commun fait à la mère, et le régime auquel celle-ci fut soumise pendant près d'un an. Nous verrons par là même si une disposition spéciale était nécessaire ou non.

(1) Nous nous en voudrions de multiplier ici les exemples de ce genre. Tous les éléments de la puissance paternelle peuvent donner lieu à conflits : la liste de ceux-ci ne présenterait pas grand intérêt. Nous nous sommes bornés à citer ceux qui nous ont paru présenter le plus d'importance pratique. Il nous serait aisé d'en ajouter d'autres. Tels sont ceux que font naître les relations des enfants avec leurs ascendants — relations qui peuvent être envisagées de façon différente par les deux époux, et ne pas obtenir leur commun assentiment ; droit des ascendants de rendre visite à leurs petits enfants, d'obtenir la leur, de les prendre en séjour chez eux.

De même encore des difficultés peuvent s'élever au sujet du droit d'accepter les donations faites aux mineurs (art. 935 C. Civ.).

CHAPITRE PREMIER

SITUATION DE LA MÈRE EN CAS DE NON-PRÉSENCE DU PÈRE

Le père parti, la mère prend sa place au foyer domestique. Cette mutation s'opère d'une façon normale et toute naturelle. Quoi de plus logique, en effet, qu'en l'absence de l'un des auteurs, l'autre se substitue à lui. Les principes de l'organisation familiale le commandent : le bon sens, à lui seul, suffirait à l'édicter ; par dessus tout, l'intérêt des enfants le veut. Cependant si ce changement s'opère si aisément en fait et ne provoque aucune difficulté, il n'en est pas de même en droit. A ce point de vue, l'autorité ne peut pas ainsi changer de titulaire. Celui qui en est investi l'a été par la loi : il ne lui est pas loisible de s'en démettre de lui-même ; il contreviendrait par là à des dispositions d'ordre public. L'autre époux, de son côté, n'a pas liberté de se conférer des pouvoirs que le Code réserve, durant tout le mariage et aussi longtemps qu'il dure, au chef de l'union. Pourtant le bien-être de l'enfant exige que quelqu'un s'occupe de lui. Comment faire alors ?

1. — *La Mère restée seule au foyer exerce-t-elle la Puissance Paternelle ?*

Il est possible que le père ait antérieurement indiqué à sa femme sa volonté à ce sujet, soit qu'il l'ait entretenue de ces

questions avant son départ, soit que depuis lors il l'ait avisée par lettre de ses intentions. En ce cas, aucune complexité : le père a décidé ; la mère doit se conformer à ses indications, les suivre et les exécuter. C'est à l'époux qu'est réservée la solution de tous ces problèmes : il est le maître — sauf bien entendu les restrictions que l'équité a fait introduire au cas où il abuserait de ses pouvoirs (1).

Il se peut encore que, sans connaître les désirs de son mari à cet égard, la femme ait faculté de communiquer avec lui. En cette occurrence elle doit lui demander ses instructions. Le Code n'a pas donné de pouvoir propre à la mère en ces matières tant que dure le mariage et que le père n'est pas dans l'impossibilité de manifester sa volonté. En l'espèce celle-ci pouvant être prise, elle doit l'être. Ainsi si la question qui se pose ne réclame pas une solution immédiate et que l'on jouit d'un délai suffisant pour solliciter l'avis du titulaire de l'autorité.

Il se peut enfin que le père, mis un jour au courant par sa femme des soucis que soulevaient, ou allaient soulever, l'éducation et plus généralement la vie des enfants, l'ait chargée de régler ces diverses affaires au mieux des intérêts de tous. La mère, alors, décidera et agira par elle-même. Les actes qu'elle fera de la sorte seront-ils valables ? Pourquoi pas ? En une semblable hypothèse l'épouse est investie d'un mandat, et, selon les principes de cette institution, pourvu qu'elle reste dans les limites du pouvoir qui lui a été donné, elle traitera utilement. Ses opérations seront censées avoir été accomplies par le père lui-même, la mère s'étant bornée

(1) C'est là une question de droit commun sur laquelle nous ne pouvons nous étendre ici. Voyez notamment : 28 juillet 1891, D.92.1.70 ; Req. 12 février 1894, D. 94.1.218.

à exécuter les intentions de celui-ci. Aussi c'est lui qui sera lié par les engagements qu'elle aura pris (1).

Au surplus il est toute une série d'actes que la mère pourra passer librement, sans avoir à pressentir son mari à leur sujet. Ce sont ceux relatifs à l'entretien quotidien des enfants. Pour ceux-là l'organisation jurisprudentielle du mandat tacite lui fournira les pouvoirs nécessaires. La femme est présumée avoir été chargée par son mari d'assurer la vie du ménage, donc des enfants aussi. Elle a ainsi qualité pour pourvoir ces derniers, de sa propre initiative, de tout ce dont ils ont besoin pour subsister.

Dans ces différents cas, la mère exerce la puissance paternelle au nom du père et en vertu du pouvoir qu'il lui a expressément ou tacitement conféré ; ce n'est pas son droit propre, celui que lui reconnaît l'article 372, qu'elle met en jeu, mais celui de son mari. Elle ne sort pas des règles fixées par le Code : son autorité s'incline devant celle du chef de famille.

Jusqu'ici tout va bien parce qu'il est possible, malgré son absence, de connaître la pensée du père. Seulement il n'en sera pas toujours ainsi. Les circonstances pourront interrompre toute communication entre les époux : la femme n'aura plus la faculté de consulter son conjoint, et celui-ci ne disposera pas davantage du moyen de lui révéler sa vo-

(1) Cette convention n'aurait rien de contraire à l'ordre public. Les articles 6 et 1388 du Code civil ne seraient nullement violés. Le mari ne fait que conférer à sa femme le pouvoir d'exercer ses droits ; mais lui en demeure titulaire. Il les utilise par l'intermédiaire d'autrui, et se sert de son épouse pour les faire prévaloir (V. en ce sens PLANIOL, 6e édit., t. I, N° 1646, p. 528). Loin de renoncer par là aux droits que lui attribue le Code, il les met en œuvre. Si, incapable d'y arriver par lui-même, il emploie quelqu'un pour y aboutir, cela n'implique aucunement concession de ses prérogatives. Les principes de la puissance paternelle ne sont pas méconnus (Cf. DEMOLOMBE, t. VI, N° 295, p. 238).

lonté ? Comment faire en pareille conjoncture ? Il semblerait naturel, puisque la loi a donné également autorité au père et à la mère, que celle-ci puisse, au jour où son mari est empêché de le faire, exercer les droits qu'elle comporte. Sans doute le père jouit en présence de sa femme d'une prééminence ; c'est parce que des deux il paraît alors le plus apte à ces fonctions. S'il en devient incapable, n'est-ce pas pure logique que de permettre à l'autre titulaire de prendre la première place ?

Cette solution d'ailleurs ne serait pas qu'une pure imagination. Le Code lui-même l'a acceptée. C'est ainsi qu'il a décidé qu'au cas de disparition du père, la mère aurait la surveillance des enfants, et exercerait tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens (art. 141 C. Civ.). De même il résulte des principes posés par nos lois en matière d'interdiction que si le père vient à être interdit, soit légal (1), en vertu des articles 29 et 335 du Code Pénal, soit judiciaire (2), les droits sur les enfants passent à la mère. A un point de vue spécial d'autres textes viennent encore faire application de la même idée. C'est l'article 149 du Code Civil qui nous indique qu'au cas d'impossibilité pour le père de manifester sa volonté à l'occasion du mariage de son enfant, le consentement de la mère suffit. C'est l'article 302 aux termes duquel certains droits de la puissance paternelle pourront être alloués à la mère qui, à la suite d'un divorce, a obtenu la garde de ses enfants. C'est l'article 477 qui donne à la mère le droit d'émanciper l'enfant dès l'âge de 15 ans à défaut du père. C'est l'article 2 du Code de Commerce qui permet à la mère d'autoriser son enfant mineur à

(1 et 2) V. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, N° 965 *bis*, p. 529. Selon certains l'interdiction légale n'enlève pas la puissance paternelle mais en suspend seulement l'exercice. V. Dal. Nouveau Code Civil annoté, art. 373, N° 14, et J. G., V° *Puissance Paternelle*, N° 71.

faire commerce dès que le père est décédé, interdit ou absent. C'est enfin la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés qui décide dans son article 9 que la puissance paternelle enlevée au père déchu pourra être attribuée à la mère.

Voilà autant d'hypothèses où nos lois accordent, durant le mariage, autorité à la mère sur les enfants. Si elles l'ont fait, bien que le père soit encore en vie, c'est que celui-ci est devenu incapable ou indigne de mettre son pouvoir en œuvre. Notamment à l'article 141, c'est parce que les circonstances mettent la mère dans l'impossibilité d'obtenir de son mari les décisions et engagements que réclament l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens que le Code lui confie à elle-même les droits de puissance.

En réalité toutes ces solutions ne sont que des réalisations du principe posé par l'article 372. Ce texte confère, au point de vue de la puissance paternelle, vocation à la mère comme au père : celle-là est appelée comme celui-ci : son titre est le même, son droit est égal au sien. Sans doute l'article 373 décide que le père exerce seul cette autorité durant le mariage ; mais c'est précisément à raison des rapports que l'union a fait naître entre les époux, rapports qui ne peuvent être d'égalité et qui impliquent, nécessairement selon la loi, subordination de l'un à l'autre, de la femme au mari. Que l'associé à qui le Code a reconnu les prérogatives de chef vienne à disparaître, il est naturel qu'il soit remplacé par la personne investie comme lui du droit de puissance.

Ainsi donc le Code prévoit, en certaines hypothèses, l'accession de la mère à l'exercice de l'autorité parentale (1)

(1) Ce terme, proposé par M. Maurice Gastambide, dans sa *thèse* (Paris, 1902) : « L'Enfant devant la Famille et l'État », p.67 et 68, et en faveur duquel il fait valoir de bonnes raisons, nous semble plus approprié

durant le mariage. Seulement, il procède par voie d'espèces ; il ne donne pas une solution générale et réglementaire. Aussi le cas qui nous occupe, celui de l'éloignement du père, où ce dernier est non présent et non pas absent au sens technique du mot, n'est pas visé par la loi et demeure sans réponse légale. Comment lui en fournir une ?

2. — *L'Opinion Doctrinale.*

Les auteurs examinant la question de la transmission de la puissance parentale à la mère se trouvent d'accord, d'une façon générale, pour reconnaître que celle-ci en bénéficie au cas où son mari est absent, comme le Code l'indique, ainsi qu'aux cas où il est interdit, légal ou judiciaire, interné, selon la loi de 1838, déchu de la puissance paternelle, selon les articles 29 et 335 du Code pénal, et au cas de divorce et de séparation de corps quand la garde de l'enfant est confié à la femme selon l'article 302 du Code civil (1).

et mieux représentatif de l'idée qui fonde la matière que l'expression traditionnelle d'autorité ou de puissance paternelle. Aussi nous n'hésitons pas à le faire nôtre également. (Il montre mieux l'égalité de droit du père et de la mère).

(1) Tous les auteurs que l'on peut appeler classiques sont en ce sens : V. AUBRY et RAU, 5e édit., t. I, § 160, p. 961 ; 4e édit., t. VI, § 550, texte et note 5, p. 77 ; DEMOLOMBE, t. VI, N° 296, p. 239 ; DURANTON, t. III, N° 351, p. 342 ; LAURENT, t. IV, N° 262, p. 351 ; MARCADET, t. II, N° 134, p. 149 ; VALETTE, sur Proud'hon, t. II, p. 245, note *A*; VALETTE, *Explication Sommaire du Livre I du Code Napoléon*, p. 213 ; *Zachariæ*, t. IV, § 550, p. 603.

Seul PROUD'HON, t. II, p. 244-245 ne permet à la mère d'exercer la puissance paternelle qu'après la mort du père, — parce que les articles 376 et 381 ne parlent que de la survivance de la mère. Mais cette interprétation littérale est contredite par les textes, art. 371 et 372 (l'enfant est placé sous leur autorité), art. 141 et 149, C. civ., art. 2, C. Com.

Parmi les contemporains sont en ce sens également : BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil*, 10e édit., t. I, n° 965 *bis*, p. 529 et N° 972,

Mais, d'une façon générale aussi, ils ne se préoccupent pas de l'hypothèse où le père est simplement non présent. C'est une situation dont le Code ne souffle mot et que les commentateurs, à sa suite, ont négligée. Demolombe nous semble avoir été le premier et longtemps le seul à aborder la question (1). C'est d'ailleurs pour refuser en un tel cas la transmission à la mère de l'exercice de la puissance. La non présence du père ne lui parait pas suffisante (le simple éloignement, dit-il ; terme qu'il renforce pourtant en ajoutant : fut-il même en pays étranger) pour justifier une dérogation au droit commun. Il craint les abus que cette solution serait susceptible de provoquer : « pareillement », annonce-t-il, en se référant au paragraphe précédent où en une autre occurrence il édictait même refus, par peur des abus. Seulement il a soin de préciser sa pensée, et d'indiquer que ce dont il entend priver la mère, ce n'est pas du droit de donner à son enfant les soins

p. 531 ; Baudry-Lacantinerie et Houcques-Fourcade, *Des Personnes*, t. V, N° 2231, p. 269 ; Beudant, *L'Etat et la Capacité des Personnes*, t. II, N° 686, 1°, p. 330 ; Colin et Capitant, t. I, p. 447 et 448-451 ; Glasson, *Eléments de Droit Civil*, N° 76, p. 261 ; Planiol, 6e édit., t. I, N° 1647, p. 514.

Mais MM. Demante et Colmet de Santerre, 3e édit., t. II, N° 115 *bis*, p. 139, n'admettent pas, au cas où le père est déchu de la puissance paternelle ou interdit, la délégation de plein droit de l'autorité parentale à la mère. Ils craignent que cette solution ne rende illusoire la déchéance du père dans la première hypothèse ou ne compromette les droits qu'il est susceptible de recouvrer dans la seconde ; en conséquence, ils attribuent pouvoir discrétionnaire aux tribunaux soit « pour refuser entièrement à la mère l'exercice de la puissance paternelle, soit pour ne la lui confier que sous certaines restrictions ou modifications.

Enfin, en dehors des traités généraux, nous trouvons encore dans le sens de la doctrine la plus communément admise, les opinions de Vazeilles, *Traité du Mariage*, t. II, N° 405, p. 165 ; Boistel, *Le Droit dans la Famille, Le Droit positif*, p. 196 et 197 ; Leloir, *Code de la Puissance Paternelle*, t. I, N° 302, p. 222, Taudière, *Traité de la Puissance Paternelle*, p. 102.

(1) Voyez Demolombe, t. VI, N° 299, p. 241.

maternels dont l'apport constitue en même temps un devoir pour elle, mais du droit de le faire détenir (1).S'inspirant de cette doctrine et la reprenant, MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade (2) sont venus plus tard décider à leur tour que l'éloignement du père, sans qu'il y ait incertitude sur son existence, ne devait pas être assimilé à l'absence, et ne conférait par conséquent pas l'autorité à la mère (3).

Cette doctrine radicale, si rigoriste, n'a pas rallié, malgré la haute autorité de ses protagonistes l'assentiment de tous. Certains s'en sont écartés ; mais il semble qu'ils ne l'aient fait qu'avec hésitation et regret. Au système catégorique de Demolombe, ils n'opposent pas une théorie contraire, ayant même franchise et même netteté. Ils essaient d'adapter à ce cas particulier de l'éloignement du père, des solutions admises dans d'autres hypothèses où le mari ne peut en fait exercer la puissance paternelle. En d'autres termes ils ont tendance à n'accorder des droits à la mère que quand l'éloignement du père le met dans l'impossibilité d'utiliser ses pouvoirs. Sa non présence n'entraînerait pas par elle-même et à elle seule délégation de l'autorité parentale à sa femme : pour y aboutir il faudrait qu'elle le rende en outre impuissant à mettre ses droits en œuvre (4).

A première vue cette opinion paraît naturelle et raisonnable. Le père, titulaire de la puissance, ne peut en être dé-

(1) Voyez DEMOLOMBE, t. VI, N° 299, p. 241.

(2) V. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. *Des Personnes*, 3e édit., t. V, N° 223, p. 269. Les termes employés par ces auteurs reproduisent, en substance, ceux-là même utilisés par Demolombe.

(3) C'est encore en ce sens que se prononce LELOIR, *Code de la Puissance Paternelle*, t. I, N° 302, p. 222.

(4) En ce sens : BOISTEL, *op.* et *loc. cit.*, p. 198 et 199 ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 448-2° ; TAUDIÈRE, *Traité de la Puissance Paternelle*, p. 102.

pouillé que lorsqu'il est empêché de l'exercer. Sinon, s'il conserve le moyen de le faire, il faut lui sauvegarder ses prérogatives. Ce système s'inquiète de ce scrupule : il n'admet de dérogation au droit commun que quand il est établi qu'elle est indispensable. Ainsi, grâce aux preuves qu'il sera nécessaire de fournir, on ne risque pas de déposséder à tort le père des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. On demeure dans la pensée du Code : on maintient au mari sa prééminence tant qu'il est possible. Aussi cette théorie, s'efforçant de réaliser un juste accord entre les rigueurs des principes et les besoins de la vie, présente-t-elle un aspect séduisant.

Mais que de complications n'engendrera-t-elle pas en pratique ! S'il faut démontrer, pour chaque acte que la mère veut accomplir, l'impossibilité où se trouve son mari d'y pourvoir lui-même, que de difficultés et, par suite, que de lenteurs ! Il faudra recourir à l'intervention de la justice ; c'est à celle-ci qu'incombera le soin de décider, après examen de la question, si le père se trouve réellement empêché. La mère ne saurait apprécier elle-même les choses et se faire juge de son pouvoir : elle sera tenue d'en appeler au Tribunal. Et elle devra lui apporter la preuve de ce qu'elle avance : à savoir que son mari ne peut pas exercer le droit qu'elle se propose de mettre en œuvre : preuve d'un fait négatif, ardue à remplir. Pendant le temps que nécessitera l'accomplissement de toutes ces formalités, que deviendront les intérêts de l'enfant ?

3. — *Recherche d'une Solution.*

Ce système, conforme à l'esprit du Code, et, dans une certaine mesure aussi — celle où il refuse à la mère la faculté d'agir alors même que son mari est éloigné, mais non absolument

empêché — à sa lettre, vise avant tout à sauvegarder les prérogatives du père. Il les défend, et en assure le respect. Le chef de famille demeure, malgré les circonstances qui viennent modifier les conditions ordinaires de sa vie, pleinement investi de ses pouvoirs. Seulement cette doctrine ne songe pas aux droits de l'enfant. Ceux-ci ne sont-ils pas également dignes de considération ? La puissance attribuée au père ne repose-t-elle pas sur l'intérêt du mineur, et non sur celui de son ascendant ? N'est-ce pas pour garantir la protection du premier que l'on a conféré autorité au second (1) ? Par suite c'est l'avantage personnel de l'incapable qu'il faut envisager d'abord ; et c'est en s'en inspirant qu'il convient de rechercher quelle est la solution la meilleure. Le système que nous critiquons, et *à fortiori* le précédent, semblent ne pas se préoccuper de ce point de vue.

A. — Or, si nous nous tournons de ce côté, il ne nous paraît pas téméraire d'affirmer qu'entre deux personnes dont l'une est présente et l'autre éloignée, c'est la première qui est la plus apte à prendre les mesures que commande l'intérêt de l'enfant. Cette mère aura beaucoup plus de facilités pour agir que le père ; elle pourra en outre le faire plus rapidement ; enfin elle apportera dans sa tâche tout autant d'expérience que son mari (2) ; d'ailleurs son affection la conseillera, et la guidera sûrement.

Ces considérations sont si évidentes qu'elles se sont imposées à ceux-là même qui refusent à la mère le droit d'intervenir, sauf à prouver en justice l'empêchement de son

(1) Les travaux préparatoires du Code sont en ce sens. Cf. p. 190.

(2) Puisqu'on reconnaît à la mère capacité pour exercer la puissance paternelle quand son mari est absent, interdit, interné, déchu, divorcé, mort, on ne saurait prétendre, en cas d'éloignement, que les aptitudes lui manquent.

conjoint. Ces auteurs n'ont pu soutenir leur théorie jusqu'au bout : ils ont été obligés d'y apporter une restriction et d'atténuer ses conséquences logiques : ils concèdent à la mère la liberté de passer les actes de la vie courante (1). D'ailleurs c'était déjà là, au fond, la pensée de Demolombe(2). C'est une réserve que les nécessités pratiques exigeaient, sous peine d'édifier une réglementation contredite à l'avance par les faits.

B. — Ce sacrifice imposé par les faits est-il suffisant ? Ceux-ci n'en réclament-ils pas un plus grand encore ? Que nous montrent-ils en effet ? Que le père vienne à s'absenter, et c'est la mère en réalité qui s'occupera des enfants, non seulement pour les soins que nécessitent leur âge et leur santé, mais encore pour tout ce qui concerne leur entretien et leur éducation. Elle le fera en s'inspirant des volontés du père, volontés qu'elle connaît bien puisqu'elle a vécu avec lui, volontés qui seront les siennes aussi, car leur accord est probable (c'est au moins ce que l'on peut présumer étant donné que dans la majorité des cas il en est ainsi). Dès lors pourquoi ne pas reconnaître à la femme le pouvoir d'effectuer en droit ce qu'elle accomplit chaque jour en fait ? Pourquoi ne pas lui donner juridiquement les facultés que la vie lui octroie. Le Droit ne doit-il pas se mesurer sur la réalité et s'efforcer de correspondre à elle, pour la satisfaire ?

C. — Et si le mari laisse agir sa femme, n'est-ce pas que c'est là son intention ? N'est-il pas permis de supposer sans témérité que la plupart du temps il aura désir de voir sa femme exercer en son absence l'autorité parentale, et prendre, au mieux des intérêts des enfants, toutes les me-

(1) En ce sens : Boistel, *op.* et *loc. cit.*, p. 200 ; Leloir, *op. cit.*, t. I, N° 302, p. 222 ; Taudière, *op. cit.*, p. 102.

(2) T. VI, N° 299, p. 241.

sures que nécessite leur éducation ? Sans doute il peut arriver que les époux ne s'entendent pas ; cependant ce n'est pas là la normale. En général, ils vivront en bonne intelligence et confiants l'un dans l'autre. La volonté du mari sera alors, au jour où les circonstances le forceront à quitter le foyer, que sa femme remplisse à sa place la fonction dont il n'est plus à même de s'acquitter personnellement. Pourquoi ne pas accorder satisfaction à ce vœu si légitime ?

D. — Si telle est l'intention probable du père, n'est-ce pas aussi celle du législateur ? Comme le constate, très judicieusement ce nous semble, Boistel (1), lors des travaux préparatoires, M. Vésin ne fondait l'exclusion de la mère, édictée par l'article 373, que sur la nécessité de l'unité de pouvoir ; il n'entendait pas par là « ne pas associer la mère à cette magistrature » ; bien au contraire il déclarait qu' « elle l'exerce à son tour et prend la place du père s'il vient à manquer (2). » Ce sont là, remarque à bon droit notre commentateur, des termes généraux et qui n'exigent en aucune façon que le défaut du père vienne de sa mort. Au Conseil d'État Berlier se prononce dans le même sens (3). Faisant observer que le nouveau système organisant la puissance paternelle ne cadrait plus avec celui de l'ancien droit et était beaucoup plus libéral, il remarque que cette autorité ne durera que pendant la minorité de l'enfant, et deviendra aussi plus susceptible d'être, à défaut du père, conférée à la mère qui pourtant n'y participait point autrefois. A défaut du père :

(1) Boistel, *op.* et *loc. cit.*, p. 197.

(2) V. Vésin, *Rapport au Tribunat*, au nom de la Section de législation, Séance du 1er Germinal An XI (22 mars 1803) ; Locré, *Législation*, t. VII, p. 70, N° 5.

(3) V. Berlier, *Discussion au Conseil d'Etat de la première rédaction du projet de loi sur la Puissance Paternelle*, Chap. 1er. Séance du 26 frimaire An X (17 décembre 1801) ; Fenet, t. X, p. 487.

termes généraux ici encore, si généraux que l'on ne peut inférer que l'intention de leur auteur ait été d'entendre par là le décès du père exclusivement.

De son côté le tribun Albisson fit au Corps Législatif une déclaration d'aspect plus explicite, mais qui ne l'est pas en réalité. Il annonce que la puissance paternelle passera à la mère en cas de dissolution de la société conjugale (1). Cela signifie-t-il en cas de mort du mari ? Cependant, sous l'empire du Code civil, la société des époux pouvait encore se dissoudre par la mort civile du mari, ou par le divorce, et en ce cas le puissance paternelle ne passera pas toujours à la mère. Mieux vaut supposer qu'Albisson a entendu viser le prédécès du père. Au contraire, Réal, dans son Exposé des Motifs nous donne une opinion plus franche ou qui le paraît du moins. Parlant de l'attribution de la puissance paternelle il dit : « la mère ne commence à en jouir réellement qu'à l'instant où elle devient veuve (2). » Seulement, par ailleurs, il détruit toute la netteté de cette affirmation en indiquant que jusqu'à la majorité de l'enfant « cette puissance est dans les mains des auteurs de nos jours moyen de défense et de correction (3). »

Somme toute, jusqu'ici l'examen des travaux préparatoires, fait avec impartialité et bonne foi, semble révéler des tendances contradictoires, plutôt favorables à l'admission de la mère en remplacement du père chez M. Vesin et chez Berlier, plutôt défavorables chez Réal et peut-être aussi chez Albisson. Nous hésiterions donc à tirer de ces divers documents

(1) V. Albisson, *Discours au Corps Législatif*, Séance du 3 Germinal An XI (24 mars 1803) ; Locré, *op. et loc. cit.*, p. 81, fin du N° 2.

(2) *Exposé des Motifs fait au Corps Législatif*, le 23 Ventôse An XI (14 mars 1803), par Réal. V. Locré, *op. cit., loc. cit.*, p. 58, N° 7.

(3) *Exposé des Motifs*, Locré, p. 58, note 7.

un jugement décisif, si nous ne trouvions chez un autre législateur de l'époque, et précisément quant à la question qui nous occupe, une indication plus précise, et peut-être un élément de solution.

En effet, lors de la discussion au Conseil d'État de l'article 3 du projet (2e rédaction), devenu l'article 373 du Code, Regnaud de Saint-Jean d'Angély fit remarquer qu'il aurait convenu de décider, dans le cas d'une longue absence du père, que l'autorité serait exercée par la mère, et que si on ne le faisait pas, si l'article était adopté tel qu'il était présenté, l'enfant demeurerait sans surveillance. A cette observation, Tronchet répondit qu'il y avait été pourvu au titre des Absents ; sur quoi, l'article fut voté (1). — La réplique de Tronchet nous semble à ce sujet entachée d'erreur. Le titre des Absents ne réglemente pas le point qui préoccupait Regnaud, car, en lisant d'une façon toute simple et sans y rechercher d'arrière-pensée, la constatation que faisait celui-ci, on découvre vite qu'il n'entendait pas parler de l'absence proprement dite, où l'existence du père est incertaine, mais de la non-présence, de l'éloignement, de l'absence selon l'acception commune du mot. Le qualificatif « longue » qu'il emploie pour préciser davantage sa pensée, nous paraît révéler son intention (2). Sa volonté semble avoir été de corriger l'effet trop rigoureux de l'article 373, qui devait fatalement aboutir dans l'hypothèse qu'il envisageait à priver

(1) *Discussion au Conseil d'Etat*, Séance du 8 Vendémiaire An XI (30 septembre 1802). FENET, t. X, p. 492.

(2) S'il avait voulu viser l'absence proprement dite, il eut parlé de l'absence simplement et non point d'une longue absence. L'absence ***stricto sensu*** impliquant incertitude sur le sort de l'individu, on ne peut pas savoir si elle durera longtemps ou non, et la question de sa durée n'est pas déterminante de l'attribution de la puissance à la mère : ce qui prescrit cette mesure, c'est l'ignorance où l'on est de l'existence du père.

l'enfant de surveillance, ce que Regnaud désirait éviter. Tronchet se méprit sur le sens de ses paroles ; et son affirmation catégorique que ce point avait été prévu et réglé clôtura la discussion. Ce qui en avait fait l'objet n'en reste pas moins sans solution légale.

Toutefois cette déclaration de Regnaud, jointe aux expressions précédemment rapportées de Vésin et Berlier, et plus encore qu'elles, nous incite à croire que la question de l'intervention de la mère en cas d'éloignement du père ne demeura pas tout à fait en dehors des prévisions des auteurs du Code ; elle nous porte aussi à supposer que l'action de la femme en ces circonstances était admise ou tolérée par certains. Sans doute il n'y avait pas unanimité en ce sens : les uns, fidèles des pays de droit écrit, vivaient encore sous le prestige des strictes principes de la vieille *patria potestas* romaine, abandonnée mais non point en entier reniée : les autres, adeptes des pays de coutumes, où suivant Loysel « puissance paternelle n'a lieu » (1), aspiraient à une réforme plus profonde et plus libérale (2).

Ainsi donc, admettre la mère à l'exercice de la puissance parentale en cas de non présence de son mari, ce serait assurer le respect de la volonté probable de celui-ci, et, dans une mesure aussi, de celle du législateur.

Sont-ce là les seuls arguments que l'on puisse faire valoir en faveur de ce système ? Non, certes. Il en est d'autres encore, et d'importance.

E. — Tout d'abord au point de vue rationnel.

(1) LOYSEL, *Institutes Coutumières*, t. I, I, I, N° 37. Edit. Dupin et Laboulaye, t. I, p. 82.

(2) BERLIER, *loc. cit.* Il réclame, pour exprimer une chose nouvelle, une expression nouvelle, et propose de remplacer : puissance paternelle, par « Autorité des pères et mères ». FENET, t. X, p. 487.

[Nous allons retrouver ici des considérations dont nous avons déjà parlé ; si nous y revenons c'est que leur force n'est pas à dédaigner ; c'est ensuite qu'elles nous paraissent bien désignées pour prendre place en tête de cet ensemble de motifs que nous nous proposons d'invoquer à l'appui de notre opinion.]

Du père éloigné ou de la mère présente, qui peut le mieux surveiller les enfants, et s'occuper de leur éducation ? Il n'est pas besoin de réponse. Le bon sens de lui-même indiquerait la mère. C'est celui des deux auteurs qui se trouve près d'eux qui est le plus apte à remplir la mission que la nature et la loi leur confient conjointement. N'est-ce pas illogique de vouloir faire contrôler de jeunes êtres par un père qui se trouve à des centaines de lieux peut-être, séparé d'eux par toute la distance d'un continent ou d'un océan ? Comment, ainsi placé, ce tuteur exercera-t-il sa fonction ? A supposer même qu'il puisse se tenir en communication avec ses descendants — ce qui ne sera pas toujours possible, ainsi s'il est prisonnier chez l'ennemi — il n'aura pas le moyen de s'acquitter de son rôle. Tout ce qu'il lui sera permis de faire, c'est d'indiquer sa volonté à sa femme ; et celle-ci la mettra en œuvre. Mais si son épouse doit attendre pour agir d'avoir connaissance de ses intentions, que de difficultés ne rencontrera-t-elle pas ; que de lenteurs aussi ; tout cela pour le grand dommage des enfants. L'affection qu'elle éprouve pour ceux-ci — tout au moins égale à celle que son mari nourrit envers eux — ne suffit-elle donc pas à lui dicter les résolutions les mieux appropriées et les plus opportunes ? La repousser comme on le fait actuellement, c'est la supposer incapable ou indigne, c'est la frapper, avant toute expérience, de la plus grave injure !

F. — Outre la raison, c'est l'institution de la puissance pa-

ternelle elle-même qui nous recommande cette théorie. Quel est son but ? Certes, il a varié au cours des âges (1). Mais celui qu'elle possède actuellement ne laisse pas de doute. Les

(1) L'ancienne puissance paternelle, que ce soit la *Patria Protestas* romaine, ou le *Mundium* germanique, était fondée non sur l'intérêt de l'enfant, sur l'idée de sa protection, mais sur une idée de force, sur le droit éminent du chef de famille. Sous l'influence du Christianisme, déjà sensible au Bas-Empire, l'ancien principe se modifie, et la puissance paternelle d'institution établie dans l'intérêt du père devient organisme de protection de l'enfant : elle n'a plus pour base la force, mais l'amour ; elle n'est plus réservée au père seul, mais est partagée entre la mère et lui. Cf. GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 24-25-26.

Cette transformation opérée en notre matière par le Christianisme, est savamment mise en lumière par M. GIDE (*Etude sur la Condition privée de la Femme*, 2e édit., p. 171-172-173-174-175 notamment). M. Gide n'hésite pas à dire que c'est une révolution radicale dans la constitution de la famille que la loi de l'Évangile a accomplie. Celle-ci proclame en effet le principe de l'égalité des deux sexes, le droit de la mère d'obtenir de ses enfants, comme le père lui-même, obéissance et respect, en retour de son affection et de son dévouement.

Tout le droit coutumier consacre ce caractère de protection. Au XIIIe siècle BEAUMANOIR dit : (*Coutumes de Beauvaisis*, Edit. Salmon, t. I, p. 318) : « Quand père et mère ont leur enfans avec aus en leur garde ou en leur mainburnie ». Il attribue donc autorité à la mère comme au père. Et dans tout le cours de ce paragraphe 20 il nous parle à la fois du père et de la mère : « car li enfant qui sont en la mainburnie le père et la mère n'ont riens (XXI-20) ». Il reconnaît aussi au juge le droit d'intervenir au cas d'abus de puissance par le père pour soustraire l'enfant à sa garde : « Et li juges, de son office, doit aprendre du cas qui li est dénonciés et, s'il trouve le cas par l'aprise, il les doit oster ». (XXI-17, Salmon, I, p. 317).

De son côté Loysel, au XVIe siècle, consacre les mêmes idées ; il nous dit que « les enfans sont en la vourie et mainbournie de leurs père ou mère » (*Institutes Coutumières*, Livre I, Titre IV-II). Toute sa pensée, d'ailleurs, se synthétise en ce mot qu'il rapporte d'après l'article 221 de la Coutume de Senlis, et que l'on cite si souvent « Droit de puissance paternelle n'a lieu » (*Institutes Coutumières*, Livre I, Titre I, N° 37. Edit. Dupin et Laboulaye, t. I, p. 82). Pour lui, l'ancienne puissance paternelle n'avait plus de place chez nous.

Cette notion coutumière (l'autorité parentale est une institution de protection de l'enfant) se trouva favorisée au XVIIIe siècle par les idées philosophiques et humanitaires de l'époque, ainsi que par les principes nouveaux mis à jour par la Révolution. L'enfant est désormais consi-

auteurs du Code nous ont répété à l'envi, heureux qu'ils étaient de montrer la transformation qu'ils consacraient en cette matière, et de mettre en lumière la réforme qu'ils entendaient accueillir, que l'autorité parentale était une mesure de protection instituée dans l'intérêt de l'enfant (1). Les propos tenus lors de la discussion du projet par *a*) Réal, *b*) Vézin, *c*) Albisson, *d*) Berlier (2), nous édifient pleinement à ce sujet ; leur intention apparaît avec la plus grande netteté, et se révèle si bien qu'il n'est pas permis d'hésiter.

Certains textes du Code lui-même viennent corroborer cette doctrine. Les prescriptions de l'article 372 (3) et celles

déré comme une personne véritable ; en tant que tel il a des droits, et ceux-ci limitent les pouvoirs du père. C'est cette tendance qui dominait au moment de la rédaction du Code civil.

(1) Les propos tenus par les auteurs du Code ne nous laissent pas de doute sur l'opinion qui était la leur et sur le système qu'ils ont voulu adopter. *a*) C'est Réal qui nous dit : « La nature veut que dans ce premier âge le père et la mère aient sur leurs enfants une *puissance* entière *qui est toute de défense et de protection* » (*Exposé des motifs*, LOCRÉ, *Lég.*, t. VII, p. 52, N° 2). Bientôt il ajoute : « la puissance paternelle qui est alors toute *d'administration domestique et de protection* » (*op. cit., loc. cit.*). Plus loin il reprend : « cette puissance est dans les mains des auteurs de nos jours *moyen de défense et de direction* » (*op. cit.*, p. 58, N° 7). *b*) VÉZIN affirme également : « *Autorité toute de défense et de protection* » (*Rapport* au Tribunat, LOCRÉ, VII, p. 67, N° 1). Et il répète « *pouvoir de protection d'intérêt* pour les enfants » (*op. cit.*, p. 71, N° 5).

c) Albisson est plus catégorique encore : « *L'autorité* des père et mère sur leurs enfants, dit-il, *n'ayant directement d'autres causes ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci* » (*Discours au Corps législatif*, LOCRÉ, t. VII, p. 82, N° 3).

d) BERLIER, *Observation lors de la discussion du Conseil d'Etat*, 26 Frimaire An X (18 décembre 1801), (FENET, t. X, p. 487).

(2) Pour *a*, *b*, *c*, *d*, voyez note précédente.

(3) L'article 372 nous dit que l'enfant ne reste sous l'autorité de ses père et mère que jusqu'à sa majorité. L'arrivée de celle-ci l'émancipe de plein droit ; le législateur a considéré qu'à cet âge l'adolescent n'avait plus besoin de la protection de ses parents. V. en ce sens : GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 41.

de l'article 380 (1) nous montrent sans équivoque que l'intention des compilateurs est bien celle qui préside aux institutions qu'ils ont organisées.

La puissance paternelle est donc envisagée par nos lois comme une mesure de protection, destinée à sauvegarder les intérêts de l'enfant. C'est là le point de vue essentiel, et c'est ce point de vue, comme nous le disions précédemment (2), que les partisans du système refusant à la mère le droit d'intervenir en cas d'éloignement de son mari nous semblent trop oublier. Ils ne paraissent songer qu'à assurer le respect des prérogatives du père et à maintenir ses pouvoirs entiers, quelles que soient les circonstances et dussent les intérêts de l'enfant en souffrir. C'est là méconnaître le but de l'institution qui est en cause, et méconnaître aussi les besoins de la pratique. C'est, pour garantir la subsistance d'un principe, sacrifier les nécessités de la vie. Celles-ci, en effet, nous l'avons déjà montré également (3), veulent que toutes les questions que soulève l'existence de l'enfant, soient tranchées rapidement par celui de ses auteurs qui est là près de lui, et le soient sans intervention étrangère.

G. — Sont-ce donc les textes qui imposent à tout prix le maintien du droit prééminent et continuel du père pendant le mariage ? Sans doute l'article 373 déclare que durant l'union le père exerce seul l'autorité. Mais ce principe n'est

(1) L'article 380 déclare que si le père est remarié, il ne pourra faire détenir son enfant du premier lit, alors même qu'il serait âgé de moins de 16 ans, qu'en se conformant aux prescriptions de l'article 377 ; donc il ne pourra que solliciter son arrestation du Président du tribunal, et n'aura pas le droit de réclamer son incarcération. D'évidence cet article 380 s'inspire de l'intérêt de l'enfant et veut le protéger contre les conséquences désavantageuses qui pourraient résulter pour lui d'un remariage de son père.

(2) V. *supra*, p. 182.

(3) V. *supra*, p. 182 et 188.

pas aussi absolu qu'il en a l'air. Diverses dispositions viennent y apporter des dérogations.

C'est d'abord l'article 141, pour le cas où le père est absent, et alors même qu'il ne serait encore qu'en présomption d'absence (1) : en une telle occurrence la mère exerce tous les droits de son mari. C'est aussi l'article 149 : si, à l'occasion du mariage de son enfant, le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de la mère suffit. C'est de même l'article 173 : la mère a le droit, à défaut du père, de faire opposition au mariage de son enfant. Ce défaut peut provenir de causes variées.

C'est encore l'article 344 : un époux ne peut adopter sans le consentement de l'autre : la volonté de la mère adoptive est exigée comme celle du père : celui-ci ne saurait, en cas de dissentiment, l'emporter (2). Et il en est pareillement pour l'adopté : il a besoin du consentement de son père et de sa mère s'il n'a pas encore 25 ans : ses auteurs sont-ils en désaccord, la volonté de son père ne suffit pas (3).

C'est encore l'article 477 : la mère a faculté d'émanciper l'enfant dès l'âge de 15 ans, à défaut du père. C'est enfin l'article 2 du Code de commerce : la mère peut autoriser son enfant mineur à faire commerce, quand le père est décédé, interdit ou absent.

Ne voilà-t-il pas autant d'hypothèses où, employant des termes différents et plus ou moins larges, nos lois confèrent

(1) En ce sens : AUBRY et RAU, 5e édit., t. I, § 160, p. 961 ; BAUDRY-LACANTINERIE, 10e édit., t. I, N° 967, p. 530 ; BOISTEL, *op.* et *loc. cit.*, p. 196 ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 447-448 ; DEMOLOMBE, t. II, N° 312 *in fine*, p. 431 ; MARCADÉ, *op. cit.*, t. II, N° 134, p. 149 ; VALETTE, *Explic. Som. du Livre Ier du Code Napoléon*, p. 213 ; ZACHARIAC, t. I, § 160, p. 569.

(2) V. Dall. *Répert.*, V° *Adoption*, N° 87, p. 288.

(3) V. Dall. *Répert.*, V° *Adoption*, N° 105, p. 293 ; BOISTEL, *op. cit.*, p. 192-193.

à la mère l'exercice de la puissance durant le mariage ? Toutes ces décisions, pour s'écarter de la règle posée par l'article 373, ne sont pas anormales, bien au contraire : ce ne sont que des applications du principe formulé à l'article 372, et selon lequel l'autorité appartient au père et à la mère. Celle-ci y a vocation comme son mari ; elle est titulaire du droit comme lui. Ce n'est que l'exercice qui lui en est refusé pendant la vie commune, et ce pour assurer l'unité de direction dans tout ce qui concerne l'éducation et la surveillance de l'enfant, et parce que le mari est chef de la société conjugale. Mais le jour où ce directeur vient à manquer, c'est l'autre associé qui prend sa place et met en œuvre son pouvoir, lequel n'est plus paralysé désormais par le pouvoir éminent de son conjoint.

Ces diverses solutions données par nos lois nous montrent que dans l'article 373 le Code a statué de *eo quod plerumque fit* (1). C'est la situation habituelle en effet que les époux soient tous deux présents au foyer : l'absence de l'un n'est qu'une exception. Pour régler celle-ci, le Code a, deci delà, pris des mesures spéciales modifiant le droit commun. N'ayant pas procédé d'une façon générale, mais au contraire, à la suite d'un regrettable défaut de méthode, par voie de cas particuliers, il n'a pas visé tous ceux que la pratique pouvait offrir. Il a passé ainsi sous silence l'hypothèse où le mari a perdu l'usage de ses facultés intellectuelles. Pourtant c'est une espèce que l'ancien droit prévoyait déjà (2). Néan-

(1) En ce sens : LAURENT, t. IV, N° 262, p. 351 ; MARCADÉ, *op. cit.*, t. II, N° 134, p. 149 ; VALETTE sur PROUD'HON, *op. cit.*, t. II, p. 245, note *a*.

(2) Pothier disait : La mère ne peut exercer les droits qu'à défaut du père, c'est-à-dire après sa mort, ou dans le cas auquel, pour sa démence ou son absence, il ne pourrait pas l'exercer. V. *Traité des Personnes et des*

moins, malgré le manque de textes, la doctrine admet la mère à l'exercice de la puissance paternelle quand le père en est empêché par la démence, soit en faisant intervenir les principes posés par notre droit en matière d'interdiction ou d'internement (1), soit même sans avoir recours à eux (2).

Le législateur n'a pas davantage réglementé le cas où le mari est interdit (3) ; cependant les auteurs s'accordent pour permettre alors à la mère de prendre en mains les pouvoirs de son mari empêché.

Devant une telle méthode, pourrait-on se baser sur le silence du Code en matière de non présence, pour refuser à la mère en cette occurrence le droit de remplacer le titulaire de l'autorité absent ? Les textes que nous avons signalés plus haut (4), et notamment l'article 149, montrent que son intervention n'aurait rien de contraire aux principes consacrés par le Code, mais bien plutôt qu'elle leur serait conforme.

Choses, Ire Partie, Titre VI, Sect. II : *De la Puissance Paternelle*, N° 134, édit. Bugnet, t. IX, p. 50.

(1) L'unanimité de la doctrine est en ce sens. Il est inutile de répéter ici des références que nous avons déjà données en examinant d'une façon générale la transmission de la puissance paternelle à la mère. V. *supra*, p. 178, Note 1. Seul se trouve en opposition Proud'hon qui, comme nous l'avons déjà signalé, ne reconnaît à la mère l'exercice de l'autorité qu'en cas de mort du mari. V. t. II, p. 244-245.

(2) En ce sens : Aubry et Rau, 4e édit., t. VI, § 550, texte, p. 77 ; Baudry-Lacantinerie, 10e édit., t. I, N° 965 *bis*, p. 529-530 ; Colin et Capitant, t. I, p. 448-2° ; Laurent, t. IV, N° 262, p. 351 (avec la discussion très intéressante qu'il donne sous ce N°, pour justifier son opinion); Leloir, *op. cit.*, t. I, N° 302, p. 222 (avec des restrictions cependant, et en exigeant l'intervention de la justice) ; Planiol, 5e édit., t. I, N° 1647, p. 534 ; Taudière, *op. cit.*, p. 102 (avec réserve : la mère interviendrait pour les actes de la vie courante ; pour les autres, la justice déciderait si le père est réellement hors d'état d'agir ou non) ; Zachariae, t. IV, § 550, p. 603.

En sens contraire : Demante et Colmet de Santerre, 3e édit., t. II, N° 115 *bis*, p. 139 ; Demolombe, t. VI, N° 298, p. 240 (il craint les abus).

(3) Laurent, *op. cit.*, *loc. cit.*

(4) Voyez *supra*, p. 192.

Si, au cas de mariage de l'enfant, la mère a faculté de décider à la place de son mari incapable de manifester sa volonté, pourquoi, dans des conditions analogues, n'aurait-elle pas le droit d'exercer les autres attributs de la puissance parentale ? La latitude qui lui est laissée en l'un de ses éléments ne saurait, à juste titre, lui être refusée en les autres ? D'autant plus que le consentement à mariage qu'elle est admise à donner, est un acte au moins aussi grave, pour ne pas dire plus, que ceux qu'elle est amenée à passer dans les autres domaines. Celui-là plus qu'aucun engage l'avenir et l'existence de l'enfant. Dès lors pourquoi lui serait-il interdit d'aviser elle-même à toutes les mesures que réclament l'éducation et l'entretien de son descendant ? Qui peut le plus peut le moins !

Ainsi donc nous avons vu successivement que l'intention probable du père (1), celle du législateur, révélée non seulement par les déclarations de ceux qui a des titres divers ont participé à la confection des lois (2), mais aussi par des textes du Code lui-même (3), la raison (4), le but de l'institution (5), l'intérêt de l'enfant (6) et celui de la pratique (7), militaient en faveur du système qui accorde autorité à la mère au cas de non présence du père.Cette doctrine aurait,en outre, à notre avis, l'avantage de la simplicité et de la logique : le père s'absentant, la mère recevrait en droit comme en fait l'exercice de la puissance parentale : au cercle de son activité réelle correspondrait celui de son activité juridique.

(1) V. p. 183.
(2) V. p. 184-188.
(3) V. p. 191-193.
(4) V. p. 187-188.
(5) V. p. 188-191.
(6) V. p. 182 et 191.
(7) V. p. 188.

On aboutirait de la sorte, en même temps qu'à satisfaire l'affection et l'équité, à mettre plus d'harmonie et d'unité dans sa capacité.

D'autre part, nous l'avons remarqué déjà également, les textes ne mettent pas obstacle à l'adoption de cette conception (1). L'article 373, malgré son apparence et ses termes formels, n'est pas absolument impératif. Le législateur lui-même a été obligé (1) sous l'empire des circonstances, d'y apporter des dérogations. Sans doute, nous sommes en une matière qui intéresse l'ordre public, et où, en conséquence, l'interprétation restrictive s'impose. (L'article 1388 applique rigoureusement cette idée en ce sujet.) Aussi serait-on tenté de conclure que l'on ne peut admettre une exception au principe sans un texte l'autorisant (art. 6 du Code civil) ; or, en notre hypothèse, il n'y en a pas.

H. — Mais, qu'est-ce au juste que cette notion d'ordre public que l'on invoque si souvent, quelles sont sa signification et sa portée ? — Ne veut-elle pas dire précisément qu'il est essentiel au bon ordre de l'État que les institutions soient mises en œuvre conformément à leur but originaire, en respectant la pensée qui fut à leur base, et en ne leur faisant pas servir d'autres fins que celles qu'on leur assigne ; ne veut-elle pas dire, en un mot, que leur utilisation doit toujours être adéquate au principe qui les a fondées ? La notion d'ordre public semble donc ne devoir pas être envisagée d'une façon générale, unique, ni entendue comme une sorte de moule auquel s'ajusteraient toutes les organisations particulières, celles-ci répondant uniformément à la même idée directrice. Il paraît plus rationnel de l'examiner d'une façon spéciale pour les différentes dispositions, chacune de ces

(1) V. p. 191.

dernières ayant un mobile propre et devant y satisfaire (1).

L'ordre public exigeant ainsi que l'institution ne soit pas détournée du but qui l'a fait créer, que sa cause déterminante soit respectée, il s'en suit que conférer à la mère l'exercice de la puissance paternelle en cas d'éloignement du père, ce n'est pas déroger à cette notion impérieuse. Ce qui a conduit, en effet, le législateur à attribuer ce pouvoir aux parents, c'est le désir d'assurer la protection de l'enfant. Nous avons vu cette volonté nettement exprimée au cours des travaux préparatoires ; et nul ne la mieux mise en lumière que le tribun Albisson (2). Chargée de cette mission de garantie au même titre que le père, mais privée de son exercice par la présence de celui-ci, la mère ne fera que favoriser la bonne marche de cet organisme de prévoyance quand, son mari parti, elle en prendra la direction. Loin de sortir du domaine que lui fixent les lois et de préjudicier aux exigences de l'ordre public, elle concourra à remplir celles-ci et à pourvoir à leur complète observation. L'entretien et l'éducation des enfants seront surveillés et réalisés : leurs personnes et leurs biens seront protégés ; il n'y aura pas d'interruption dans le service de cette sorte de fonction sociale que le Code impose aux parents. N'est-ce pas là l'intérêt de

(1) Cf. Boistel, *op.* et *loc. cit.*, p. 194-195, et 199. Cette notion vise les dispositions qui tiennent à l'essence même des choses, et par conséquent ne peuvent être modifiées par conventions particulières, p. 195. Ainsi la prééminence du mari dans le ménage est de l'essence même du mariage.

(2) « ... Il faut remarquer que l'autorité des père et mère sur leurs enfants, n'ayant directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas à proprement parler, un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré. Albisson, *Discours au Corps Législatif.* Séance du 3 Germinal An XI (24 mars 1803). V. Locré, t. VII, p. 82, N° 3.

la famille et l'intérêt de l'État ? N'est-ce pas là la meilleure façon, la plus pratique et la plus fructueuse pour tous, d'entendre la notion d'ordre public ?

Et n'est-ce pas de semblable manière que nos tribunaux ont interprété ce principe, puisqu'ils se sont arrogé le droit d'intervenir, malgré les pouvoirs absolus reconnus au père, pour se convaincre que celui-ci n'en abusait pas et assigner à son autorité de raisonnables limites (1) ? S'ils l'ont fait, c'est par faveur pour l'enfant : c'est donc qu'en cette matière la considération de ce dernier doit l'emporter ; c'est donc aussi que la société estime que son véritable avantage est de garantir aux jeunes êtres une juste protection. Assurer la sauvegarde de la personne et des biens du mineur, telle est, en fin de compte, la vraie cause de l'institution, et le réel intérêt de l'État qui l'édicte. Assurer une équitable application de cette idée, telle est la saine exigence de l'ordre public.

Au surplus les dérogations à l'article 373 que la quasi unanimité de la doctrine a admises, comme nous l'avons montré auparavant, aux cas d'interdiction et de démence, l'ont bien été également sans texte. L'Ordre public compris d'une façon stricte et uniforme ne l'eut pas permis. Mais les nécessités de la pratique ont prévalu sur l'interprétation, et ont fait allouer à cette notion un sens plus particulier que celui qui lui est communément attribué.

C'est d'ailleurs cette portée qu'en certaines hypothèses le législateur lui-même lui a reconnue. Divers textes émanant de son initiative sont venus tour à tour battre en brèche la

(1) Cf. GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 41. Les tribunaux se sont avancés loin dans cette voie, allant jusqu'à enlever au père ou à la mère indigne la garde de l'enfant pour la confier à un tiers. V. sur cette jurisprudence, PLANIOL, 5e édit., t. I, N° 1730, p. 560.

vieille règle de la prédominance paternelle, et, en formulant différentes exceptions à l'article 373, consacrer l'opinion que le caractère d'ordre public de l'autorité parentale n'a pour but que de munir l'enfant d'un défenseur capable et digne (1).

I. — Enfin l'opinion favorable à l'exercice de la puissance parentale par la mère en cas d'éloignement du père est si peu contraire à l'ordre public qu'elle a été admise par plusieurs législations étrangères. Certes chaque pays est juge de ce qu'exige chez lui l'ordre public, et la doctrine de l'un à cet égard ne saurait lier l'autre. Néanmoins il y a tout de même en ce domaine un fond commun d'idées, basées sur la raison et l'intérêt social, et ayant par là valeur partout. C'est pourquoi la solution accueillie par une nation peut à juste titre

(1) Une première exception résulte du Code civil, art. 302, et de la jurisprudence qui déclare ce texte applicable à la Séparation de corps : en vertu de ce système, la mère séparée de son mari pourra obtenir, quoique le mariage dure toujours, la puissance sur ses enfants, si la séparation a été prononcée à son profit, et même si elle ne l'a pas été, mais que l'intérêt des enfants exige cette attribution.

Une autre découlait de l'article 335 du Code pénal, aux termes duquel le père condamné pour avoir excité, favorisé, ou facilité la prostitution ou la corruption de son enfant, devait être privé des attributs de la puissance paternelle.

D'autres proviennent de la loi du 7 décembre 1874, autorisant le tribunal qui a condamné le père pour avoir livré son enfant de moins de 16 ans à des saltimbanques ou à la mendicité, à prononcer la déchéance de la puissance (art. 2 et 3); — de la loi du 24 juillet 1889, organisant de façon générale cette déchéance, et spécialement de son article 17, permettant à la justice de reconnaître les droits de puissance parentale au particulier ou à l'œuvre de bienfaisance, auquel le père a abandonné la charge de son enfant ; — de la Loi du 2 juillet 1907 (art. 383 C. civ.) qui, après avoir investi de l'autorité sur l'enfant naturel celui de ses deux parents qui l'a reconnu le premier, réserve au tribunal la faculté de l'accorder à l'autre, si l'avantage de l'enfant l'exige.

Autant de cas où le législateur considère qu'en cette matière l'intérêt de l'ordre public, c'est l'intérêt de l'enfant lui-même.

être invoquée dans une autre pour légitimer une réforme semblable.

C'est en ce sens que se prononce le Code Civil Italien de 1866 (1). Dans son article 220, al. 3, il dit (après avoir déclaré dans son alinéa 2, reproduisant l'article 372 de notre Code Civil, que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation) : Durant le mariage cette autorité est exercée par le père, et en cas d'impossibilité par la mère.

En cas d'impossibilité. C'est une formule vague sans doute, peu précise et peu explicite. Mais elle n'est pas sans avantage : justement ses termes généraux, ne fixant pas de limites ni de restrictions, permettront d'appeler la mère à l'exercice de la puissance parentale chaque fois que le père en sera empêché : il n'y aura plus de discussions ni d'hésitations : la mère puise son droit dans la loi elle-même (2).

D'autre part la mère exerçant la puissance paternelle a les mêmes droits que le père, soit quant à l'éducation, la surveillance, la correction de l'enfant, soit quant à la jouissance de l'usufruit légal (art. 231) (3).

(1) Code civil italien, traduct. Huc et Orsier, t. II, — et traduct. Prud'homme, 1896.

(2) Sans compter que l'alinéa 3 ainsi rédigé et faisant intervenir le père et la mère correspond parfaitement à l'alinéa 2 qui place les enfants sous *leur* autorité. La loi italienne a ainsi évité le défaut d'harmonie qui existe dans notre Code entre les articles 372 et 373. Application du principe est faite en cas d'absence, même pour la période de la présomption. V. art. 46.

V. l'interprétation de l' « impossibilité », dans Chironi et Abello, *Trattaro Di Diritto Civile Italiano*, t. I, Ire Partie, Chap. x, B, p. 231, qui dit que l'autorité est moins un droit qu'un devoir, et est exercée par le père, quand il n'existe aucun empêchement physique, moral ou légal.

(3) Pour bien marquer que cette institution est une mesure de protection de l'enfant, l'article 233 permet au tribunal d'intervenir en cas d'abus de puissance de la part du détenteur de l'autorité, ou de négligence, soit sur la demande des proches parents, soit d'office sur requête

C'est dans le même sens que se décide le Code Civil Espagnol de 1889. Bien qu'il attribue aux parents une autorité considérable sur leurs enfants (1), et se montre ainsi plus conservateur que notre Code Civil, il se révèle à un autre point de vue plus libéral que lui. Il accorde, en effet, pouvoir au père et à la mère durant le mariage. L'article 154 nous dit : « Le père et, à son défaut, la mère ont la puissance sur leurs enfants légitimes non émancipés, et les enfants sont obligés de leur obéir tant qu'ils restent sous leur puissance ». Et dans les articles suivants, 155 à 172, il nous montre toujours la mère intervenant à défaut du père, et avec des droits égaux aux siens.

L'expression qu'il emploie : le père, et, *à son défaut*, la mère, est à peu près synonyme de celle dont se sert le Code Civil Italien : le père, et, en cas d'impossibilité, la mère. Défaut et impossibilité sont deux termes qui se valent. Peut-être même la locution espagnole est-elle plus large que l'italienne. Pour que la mère agisse, il n'est pas nécessaire que le père ne puisse pas exercer la puissance, il suffit qu'il fasse défaut : l'exigence de la loi paraît ici moins grande encore.

Toutefois on peut s'étonner qu'après avoir posé un principe aussi général, le législateur vienne ensuite, à l'article 170, prévoir que les effets de la puissance seraient suspendus à l'égard du parent qui l'exerce, par son incapacité,

du ministère public, pour nommer un tuteur, ou curateur à l'enfant, priver le père de la jouissance, et prendre toutes les mesures jugées convenables dans l'intérêt de l'enfant.

Ne voilà-t-il pas une organisation cohérente et nettement définie : d'après le Code lui-même, c'est l'intérêt de l'enfant qui domine en la matière et doit déterminer les solutions nécessaires.

(1) V. art. 321 pour l'autorité sur la personne, art. 260 et 279 pour l'autorité sur les biens.

son absence judiciairement déclarée ou son interdiction. Est-ce là une énumération limitative des cas qui constitueraient le défaut, ou une application aux espèces principales de la règle énoncée? Dans la première hypothèse il y aurait ainsi un manque d'harmonie avec la formule de l'article 154 et avec la tendance des textes qui réglementent la question (1).

Plus précis se montre le Code Civil Portugais de 1868. Commençant par nous indiquer que la mère participe à la puissance paternelle et doit être consultée sur tout ce qui regarde les intérêts de l'enfant, — ce qui constitue un heureux progrès sur notre législation, — il dispose ensuite que c'est au père spécialement qu'il appartient, durant le mariage, de diriger, de représenter, et de défendre ses enfants mineurs (art. 138).

Mais mieux inspiré que notre Code il ne se contente pas d'édicter cette prescription. Prévoyant les difficultés qu'en certains cas elle serait de nature à soulever, il s'empresse d'ajouter : « Lorsque le père est absent ou autrement empêché, il sera remplacé par la mère (art. 139). Voilà une formule explicite, la meilleure peut-être que nous ayons encore rencontrée. Que le père vienne à s'éloigner, et la mère le remplacera quant à l'exercice de la puissance paternelle. Plus de doute possible ici.

Les articles suivants, qui nous parlent toujours du père et de la mère à la fois, nous témoignent aussi que l'épouse

(1) Comme le Code Italien, la loi espagnole nous montre aussi que la puissance paternelle est une institution de protection de l'enfant. L'article 171 nous dit que les tribunaux pourront priver les parents de leur autorité, à titre temporaire ou définitif, en cas d'abus de pouvoir ou de perversité. Mieux encore : l'article 165, envisageant le cas où le père ou la mère ont un intérêt opposé à celui de l'enfant, décide qu'il sera donné à celui-ci un défenseur pour le représenter en justice et ailleurs. Ce sera d'ordinaire le parent à qui appartiendrait éventuellement la tutelle légitime.

exerçant l'autorité parentale a mêmes pouvoirs que son mari (1).

Si nous passons maintenant des pays d'origine latine aux nations d'essence germanique, nous voyons le nouveau Code Civil Allemand de 1900 déclarer que la mère a, durant le mariage, et concurremment avec le père, le droit et le devoir de prendre soin de la personne de l'enfant (sans avoir qualité pour le représenter), mais que l'opinion du père l'emporte sur la sienne (art. 1634). Puis, supposant le cas où le père est empêché en fait d'exercer la puissance parentale, il décide que c'est la mère qui l'exercera (art. 1685), et qui l'exercera avec les mêmes droits que son conjoint (art. 1686) ; toutefois l'usufruit ne lui appartiendra pas (art. 1685-1). En pareille occurrence, la mère prend de plein droit l'exercice de la puissance ; elle la met en œuvre en son nom propre, et non au nom et comme mandataire de son mari, bien que celui-ci en demeure titulaire en droit. Cette dernière réserve laisse au père la liberté, quand il le peut et le veut, d'accomplir les actes de sa mission, d'intervenir dans ceux que sa femme serait décidée à passer et de les contrecarrer.

Cette concomitance de pouvoirs serait particulièrement préjudiciable aux intérêts de l'enfant, lorsque l'empêche-

(1) Le Code Civil Portugais accentue davantage encore le caractère de protection de notre institution. Non seulement il reconnait aux tribunaux le droit d'intervenir sur la requête de la famille ou du Ministère public, au cas d'abus, pour destituer les parents de leurs droits et même les punir (art. 141), mais encore il n'oblige les enfants à leur obéir qu'en ce qui n'est pas illicite (142). De même au cas où l'enfant est désobéissant et incorrigible, ses parents peuvent bien le faire détenir, mais il leur faut pour cela recourir à l'autorité judiciaire : ce sera celle-ci qui fixera le temps de la détention, cette dernière ne pouvant dépasser 30 jours et devant être subie dans une maison de correction à ce destinée (art. 143). Enfin en cas de conflits d'intérêts entre les parents et l'enfant, il sera nommé à celui-ci un tuteur *ad hoc* par le juge compétent (art. 153).

ment du père doit durer un temps assez long : aussi, si ce point est établi, l'article 1677 permet-il au Tribunal des Tutelles de suspendre l'autorité paternelle. Désormais, et tant que le jugement demeurera, c'est la mère qui aura l'exercice de la puissance, jouira de toutes facilités pour donner libre cours à son activité et prendre toutes décisions qu'elle jugera opportunes (art. 1685) ; et elle n'aura pas à craindre de se voir arrêtée par le père. Celui-ci ne peut plus agir, il n'a plus l'administration des biens de l'enfant ni la représentation de ce dernier. Il ne recouvrera l'une et l'autre charges que quand le Tribunal des Tutelles aura constaté que le motif ayant fait prescrire la suspension de son autorité n'existe plus (art. 1677). D'ailleurs cette mesure privative ne saurait être prononcée que si l'obstacle à l'accomplissement de la mission paternelle apparaît comme devant se prolonger, par exemple en cas d'absence ou d'emprisonnement. Sinon, s'il n'est que passager, il ne peut être question d'enlever au titulaire l'exercice de la puissance ; le père restera investi non seulement du droit, mais aussi de la faculté de l'utiliser, comme nous le disions ci-dessus. Néanmoins, pour ne pas laisser l'enfant sans protection, la mère a permission d'agir aussitôt (art. 1665 et 1685) (1). Et comme les causes d'empêchement ne sont pas prévues par le Code, elle peut le faire toujours. Ainsi que le remarque judicieusement M. Gastambide (à propos de l'article 1677, et non de l'article 1685 dont nous nous occupons en ce moment), cette organisation est bonne en soi et digne d'approbation : « le caractère légal de

(1) Ce transfert automatique de la puissance parentale du père à la mère est une excellente institution qui assurera de la meilleure façon la sauvegarde des intérêts de l'enfant. Celui-ci ne demeurera jamais sans soutien. Et ses parents jouent ainsi véritablement en droit le rôle que la nature leur a confié en fait.

la puissance parentale ne doit subsister qu'autant qu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant » (1).

Voisin de la législation allemande mais plus récent encore, le Code Civil Suisse de 1907 nous dit que les père et mère exercent en commun la puissance paternelle pendant le mariage, et qu'à défaut d'entente le père décide (art. 274). Cela nous rappelle beaucoup l'article 1634 allemand. On maintient donc là également la prépondérance du père durant l'union. Quoiqu'on reconnaisse à la mère le pouvoir de participer avec son mari à l'exercice de la puissance, on ne lui donne pas des droits absolument égaux aux siens : en cas de désaccord, elle doit se soumettre à la volonté de son époux ; celui-ci, étant le chef de l'association conjugale (art. 160), l'emporte et la prime. La prédominance maritale était tellement ancrée dans les habitudes que, malgré les atteintes qu'elle a reçues ici, elle ne s'est pas trouvée tout à fait ébranlée ; un vestige en subsiste : le mari conserve le pouvoir de décision.

Cependant, en dépit de cette restriction, la situation de la mère suisse est plus avantageuse que celle de la mère allemande. En effet, alors que l'article 1634 du Code Civil Allemand nous dit que la mère a, concurremment avec le père, le droit et le devoir de prendre soin de la personne de l'enfant, mais n'a pas qualité pour le représenter, le Code Civil Suisse l'associe à son mari pour toute la puissance. Appliquant le principe de la communauté de pouvoirs posé par l'article 274, il nous dit : « Les père et mère sont... les repré-

(1) V. GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 93.

Précisément pour sauvegarder cet intérêt de l'enfant, le Code civil allemand organise tout un système de protection. Que le père méconnaisse ses devoirs envers la personne ou les biens de son descendant, et le Tribunal des Tutelles intervient et prend les mesures les plus convenables pour l'enfant. V. les art. 1666-1667 et 1668.

sentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers » (art. 279). Donc la mère jouit vis-à-vis de ces derniers des mêmes droits que son conjoint. Aussi le Code Suisse n'a pas eu besoin de prévoir le cas où le mari serait empêché, et, nonobstant son silence, la controverse que nous avons vue s'élever dans notre législation ne surgit pas ici : du fait que le droit à la puissance (art. 273) et son exercice (art. 274) appartiennent également aux deux parents, le jour où l'un de ceux-ci vient à manquer pour une cause quelconque, l'autre mettra tout naturellement en œuvre l'autorité qu'il tient de la loi (1).

(1) Les travaux préparatoires du Code nous fournissent d'intéressantes indications sur cette communauté de puissance. Dans l'*Exposé des Motifs de l'Avant-Projet* (édit. Büchler), Liv. II, IIe Part., Titre VII, Chap. v, *De la Puissance Paternelle*, p. 218, le professeur Eugène Huber nous dit : « *De son essence* la puissance paternelle appartient durant la minorité des enfants *aux deux parents*, et son exercice est également partagé, puisque, du vivant du père, la mère a la direction du ménage (art. 161 du Code) et qu'en cas d'empêchement du père elle le remplace comme chef de l'union conjugale. » V. à ce sujet : *Exposé des Motifs*, liv. II, IIe part., tit. V, chap. I, p. 134. (En cas d'empêchement, absence, maladie, service militaire, la femme représente son mari, son pouvoir étant fondé sur le consentement exprès ou tacite de celui-ci. Cela est consacré par l'article 166 du Code).

D'autre part le Code Civil Suisse organise un système complet de protection de l'enfant. De toutes les législations que nous avons vues, c'est celle qui est à ce point de vue la plus conforme aux principes de raison et de justice. Elle reconnaît vraiment à l'enfant le caractère d'une personne qui, en tant que telle et qu'être capable de volonté, a droit à des égards, et a droit d'être consultée sur ses intérêts quand faire se peut. V. les articles 276-277-281-282.

CONCLUSION

Ce rapide examen des législations étrangères nous montre que l'ordre public (entendu au sens large) s'accommode très bien de l'octroi de la puissance parentale à la mère au cas d'empêchement du père.

Nous sommes ainsi amenés à constater que ni les textes ni les principes ne s'opposent à l'admission de cette doctrine, qui peut en outre invoquer maints intérêts à son appui. La réforme que son adoption consacrerait n'aurait rien d'exagéré ni de subversif, loin de là. Au fond, elle ne ferait que réaliser l'harmonie toujours désirable entre le domaine de l'activité économique de la mère et celui de son activité juridique. En même temps elle éluciderait une question depuis longtemps controversée, et éteindrait par là toutes imprécisions et variations. Par dessus tout, elle relèverait la dignité de la mère, désormais véritable associée de son mari, et assurerait aux enfants, pour leur plus grand profit, une protection juridique continue, souple et conforme aux besoins de la vie moderne (1).

APPENDICE I

Ce problème résolu, un autre aussitôt se pose.

Quand la mère exercera la puissance parentale durant le mariage, à quel titre sera-ce ?

(1) Cf. sur cette question : TURGEON, *Le Féminisme Français*, t. II, p. 378-379.

C'est un point que la doctrine a eu l'occasion d'examiner au sujet de l'absence. A ce propos deux tendances se sont fait jour. L'une, observant que la mère est investie par l'article 372 du droit de puissance au même titre que le père, et que seul l'exercice lui en est refusé durant le mariage, à raison de la présence du mari, chef de l'union conjugale, déclare qu'en cas d'absence du père, l'obstacle à la mise en œuvre du droit de la mère disparaissant, celle-ci agira de son propre chef, en tant que titulaire de l'autorité parentale (1). L'autre, au contraire, s'appuyant sur l'article 141 qui dit que, le père ayant disparu, la mère exercera tous les droits du mari, soutient que l'épouse n'interviendra pas de son chef, mais au nom du père absent ; ce ne serait pas son propre droit de puissance qu'elle exercerait, mais celui de son mari, dont elle serait la mandataire ou la délégataire (2).

Qu'en sera-t-il au cas de non-présence du père ? Les quelques auteurs qui ont admis la mère à prendre, en cette hypothèse, l'autorité parentale, sont d'accord pour la faire agir, non en vertu de sa vocation particulière, mais en qualité de mandataire de son mari (3). Elle tiendrait ses pouvoirs d'un mandat tacite, fondé sur la volonté présumée de son conjoint. L'intention probable de celui-ci, dit-on, est

(1) En ce sens AUBRY et RAU, 5e édit., t. I, § 160, p. 961-962, et t. IX, § 550, p. 110 ; BAUDRY, 10e édit., t. I, N° 967, p. 530 ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 447 ; LAURENT, t. II, N° 147, p. 185-186 ; VALETTE sur PROUD'HON, t. I, p. 306, note *a* ; VAZEILLES, t. II, N° 405, p. 165. En ce sens aussi : GIDE, *op. cit.*, 2e édit., p. 474 et 475.

(2) En ce sens DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, 3e édit., t. I, n° 186 *bis*, I et III, p. 312 et 313 ; DEMOLOMBE, t. II, N° 312 *in fine*, p. 431 ; DURANTON, t. I, N° 520, p. 420 (mandat légal, dit-il) ; PLANIOL, 5e édit., t. I, N° 1647, p. 534 et 535.

(3) En ce sens BOISTEL, *op.* et *loc. cit.*, p. 199 et 200 ; LELOIR, *op. cit.*, t. I, N° 302, p. 222 ; TAUDIÈRE, *op. cit.*, p. 102.

C'est la doctrine adoptée par le Code Civil Suisse : art. 166.

qu'en son absence sa femme exerce vis-à-vis des enfants les droits qu'il ne peut plus utiliser lui-même. A raison de la communauté d'intérêts que le mariage a établie entre eux, il est légitime de supposer que le désir de l'un des associés est d'être remplacé par l'autre lorsque les événements l'empêchent de remplir le rôle qui lui est attribué. Ainsi, de même qu'au cas où il ne peut assurer en personne la direction domestique du ménage, le mari est censé avoir donné à sa femme mandat de pourvoir à sa place à toutes les nécessités de la vie quotidienne, de même en cas d'éloignement il est présumé avoir confié à sa compagne le soin de veiller pour lui à l'éducation de leurs enfants et à l'administration de leurs biens. Au mandat tacite de l'épouse correspondrait celui de la mère.

Les deux situations que les circonstances sont susceptibles d'imposer à la femme mariée, bien qu'elles n'aient pas été prévues par la loi, recevraient même solution. Une institution unique réglerait les conditions d'activité de l'épouse agissant seule, hors la présence de son mari. Et si l'on objecte que ce système soulève une difficulté parce qu'il implique une transmission de droits contraire au caractère d'ordre public de la puissance parentale (art. 6 et 1388 du Code civil), et que le père ne saurait être autorisé à faire tacitement ce qu'il ne lui est pas permis d'accomplir expressément, on réplique qu'il n'y a pas ici aliénation de droits, mais délégation temporaire et toujours révocable : le concédant conserve la faculté de les reprendre quand il en éprouvera l'envie (1).

Nous croyons, en vérité, la critique inopérante. Aussi bien c'est à un autre point de vue que nous voudrions discuter

(1) V. Boistel, *op. cit.*, p. 199 et 200.

ce système, au point de vue de son fondement, de sa base même. Il s'appuie sur une recherche psychologique de l'intention du père qui est contestable. Outre l'inconvénient qu'un tel procédé, subtil et complexe, présente inévitablement, il n'est pas certain du tout que le résultat auquel il conduit soit celui que l'on nous ait donné. Sans doute on peut présumer que le mari, en s'absentant, ait le désir que sa femme exerce à sa place l'autorité familiale. Mais qui nous prouve qu'il veuille qu'elle utilise pour cela ses pouvoirs à lui, et non les siens propres, ceux que la loi lui attribue.

De deux choses l'une, en effet : ou bien les époux vivent en bon accord, et alors le vœu du mari sera de laisser à sa femme pleine liberté vis-à-vis des enfants, se reposant sur elle des meilleures dispositions à prendre, et les faisant siennes par avance ; ou bien les époux vivent en mésintelligence, et, en ce cas, le mari n'aura pas du tout l'intention de confier ses pouvoirs à sa femme, et de la charger de le représenter ; bien au contraire, il entendra conserver ses prérogatives pour lui : présumer une délégation, c'est méconnaître la réalité des faits. Au fond, cette question de savoir comment sa femme le remplacera ne doit guère venir préoccuper sa pensée : le mari ne doit pas se la poser.

Pourquoi donc recourir à cette fiction de mandat ? Certes, s'il n'y avait pas possibilité de permettre autrement l'intervention de la femme, il serait intéressant d'y faire appel. Mais est-ce utile alors que les textes nous offrent un moyen tout créé pour soutenir et justifier la participation de la mère ! Puisque celle-ci peut se présenter en son nom propre, sans nuire à l'ordre public ni aux pouvoirs du père, pourquoi ne pas l'autoriser à le faire ? Vouloir élaborer une théorie que les besoins de la pratique ne réclament point,

n'est-ce pas compliquer les choses sans nécessité (1) ?

On a été séduit par l'assimilation avec la condition de la femme dans le ménage, où là elle agit comme mandataire pour remplacer son mari. Mais s'il en est ainsi, c'est parce que l'épouse n'a pas, et ne peut avoir dit-on, de pouvoir propre. Le mari est chef de l'union, et chef sans partage : aucune liberté n'est reconnue à son associée : ce n'est pas seulement l'exercice d'un droit qui est refusé à celle-ci, c'est le droit lui-même ; pour qu'elle en acquiert un il faut que l'union se dissolve ou tout au moins se relâche (2). Or il n'en est pas ainsi en notre matière : la mère a ici une autorité véritable durant le mariage : l'article 372 nous le déclare, et l'article 373, qui a statué de *eo quod plerumque fit*, nous le confirme ; sans

(1) Si en cas de non présence de son mari, la mère intervient uniquement en qualité de mandataire, l'article 372 devient tout à fait lettre morte. Normalement la mère ne mettra jamais en jeu son droit propre, car d'une façon générale le père ne deviendra ni fou, ni interdit, ne disparaîtra ni ne mourra avant la majorité de l'enfant. Dès lors le droit reconnu à la mère sera dans la majorité des cas purement platonique : c'est le père représenté qui sera censé avoir agi. A quoi bon donner une autorité propre à la mère ? D'autre part l'enfant sera ou sous l'autorité de son père ou sous celle de sa mère, mais jamais sous celle de l'un et de l'autre, comme le veut l'article 372. — Est-ce une solution conforme à l'intention du législateur ? Non : les travaux préparatoires nous montrent qu'il a entendu accorder à la femme autre chose qu'un pouvoir théorique. Voir RÉAL, *Exposé des Motifs*, LOCRÉ, t. VII, p. 64, N° 15, et VÉSIN, *Rapport au Tribunat*, LOCRÉ, t. VII, p. 71, N° 5. « C'est un pouvoir de protection d'intérêt pour les enfants, et la mère est admise à juste titre à le partager ; ceux qui ont le même intérêt doivent jouir des mêmes droits : il serait bien difficile de justifier la proposition contraire ».

(2) En ce sens contraire : SALEILLES, opinion rapportée par M. BINET, dans sa *thèse* (*La Femme dans le ménage*, Nancy 1904), p. 139, note 1. *Adde* SALEILLES, *La Condition juridique de la Femme dans le nouveau Code civil allemand*, *Réforme Sociale*, 16 novembre 1901, t. II, p. 730. La femme aurait un pouvoir propre pour les affaires domestiques, pouvoir qui est de l'essence même du mariage. On a dissimulé cette idée sous le couvert d'une présomption de mandat pour ne pas heurter de front le principe traditionnel de l'autorité maritale.

doute l'exercice lui en est défendu lorsqu'elle se trouve en face de son mari; cependant même alors sa vocation existe. Les deux situations ne sauraient par conséquent être identifiées.

Mandataire du mari, la femme devrait pouvoir faire tout ce que celui-ci a la possibilité d'accomplir. Or, comme nous le verrons plus loin, la doctrine n'admet pas que la femme agissant à la place de son époux ait des pouvoirs plus étendus que ceux qu'elle possède en vertu de son droit propre, quand elle est veuve : et c'est logique. Elle n'est donc qu'une mandataire imparfaite. C'est ce qui a conduit certains auteurs à décider qu'elle n'aurait mandat que pour les actes de la vie courante (tout à fait comme en matière d'affaires ménagères). Quels seront ces actes ? On découvre tout de suite les complications que ce départ entre les opérations qui lui sont permises et celles qui ne le lui sont pas, va amener ! Agit-elle au contraire en vertu de son pouvoir propre ? Sa capacité sera réglée, *mutatis mutandis*, en appliquant ici les règles posées à ce sujet par le Code aux cas d'absence et de veuvage.

Sans doute la question que nous examinons en ce moment est discutée pour hypothèse de l'absence elle-même (1). Mais quand la loi donne pouvoir à la mère de faire acte de puissance parentale à défaut du père, elle l'appelle directement, en vertu de sa vocation particulière, et non comme délégataire des droits du mari. Les articles 149, 477 du Code civil et 2 du Code de commerce ne laissent pas de doute à cet égard. Si telle est l'opinion du législateur, pourquoi ne nous y conformerions-nous pas ici ?

Serait-ce, si on lui a refusé faculté d'intervenir en son nom propre, que cette solution présente des dangers ? En quoi ? Pour les biens des enfants, au cas si rare où ceux-ci en

(1) Cf. Références données, p. 208, notes 1 et 2.

posséderont, la femme n'aura que le pouvoir de les administrer, comme le père lui-même (art. 141 et 389-6°). Pour leur éducation, elle aura le droit de prendre toutes les mesures nécessaires. Là encore ses actes ne porteront pas sur de grosses sommes : elle sera limitée par ses disponibilités pécuniaires. Certes, étant mandataire, elle devrait suivre la volonté du mari, tandis que si elle intervient en son nom personnel, elle n'est plus cantonnée dans ces bornes. Néanmoins pouvoir propre ne signifie pas pouvoir absolu. La mère sera obligée dans sa conduite et les opérations qu'elle engagera pour l'enfant, de s'inspirer avant tout de l'intérêt de celui-ci : c'est cela et non pas son caprice qui la guidera. Elle sera obligée aussi de tenir compte de cette idée qu'elle n'est pas seule titulaire du droit qu'elle met actuellement en œuvre, qu'elle le partage avec son conjoint : il lui faudra donc se préoccuper de la volonté de ce dernier en même temps que de la sienne.

Pour toutes ces raisons nous préférons admettre que la femme, exerçant l'autorité parentale aux lieu et place de son mari éloigné, le fait en vertu de son pouvoir propre et en son propre nom (1).

(1) C'est bien la solution que semblent consacrer le Code Civil Italien dans son article 220, al. 3, et le Code Civil Espagnol dans son article 154. C'est l'opinion qu'admet le Code Civil Allemand, art. 1685 et 1686 (*Adde* la note sous l'article 1684, dans la traduction du Ministère de la Justice).

L'incapacité de la femme française ne l'empêche-t-elle pas d'exercer la puissance parentale en son nom durant le mariage ?

Investie de ce pouvoir, elle sera conduite à accomplir deux sortes d'actes. Pour assurer l'éducation de l'enfant, elle devra entrer en relations avec des tiers et passer des contrats avec eux. Pour gérer ses biens, elle devra faire des actes d'administration. Pourra-t-elle valablement conclure les uns et les autres, sans autorisation ?

Et tout d'abord les actes d'administration. Pour ceux-là, la femme n'interviendra pas en son nom propre, mais comme représentant de son enfant mineur. Ce n'est donc pas elle qui sera engagée. Néanmoins elle

APPENDICE II

A la question précédente s'en rattache étroitement une autre. *Il ne suffit pas de savoir, au cas où la femme pourra intervenir, en quelle qualité elle le fera ; il faut encore se demander de quels pouvoirs elle disposera.*

est responsable de sa gestion vis-à-vis du représenté dans les termes du droit commun : art. 389-5. Par là elle pourra se trouver obligée. — Mais la femme mariée qui s'est réservé des biens propres extra-dotaux en a l'administration, et la capacité pour faire seule tous les actes que celle-ci exige (DEMOLOMBE, t. IV, N° 205 ; GIDE, 2e édit., p. 429 et 430). D'autre part, aux termes de la Loi du 13 juillet 1907, la femme a la libre administration des économies provenant de ses salaires et des biens acquis avec elles ; en même temps elle a pleine capacité pour les gérer, sans qu'il lui faille obtenir une autorisation quelconque (art. I, al. 1 et 3). Si la femme qui a des biens propres peut les administrer elle-même sans autorisation, elle doit pouvoir gérer pareillement ceux de ses enfants. D'ailleurs l'article 141, en matière d'absence, accorde à la mère tous les droits du mari quant à l'administration des biens de l'enfant. Ces droits lui étant ainsi conférés sans aucune restriction et sans qu'il soit fait mention de son incapacité, la femme a donc pouvoir de passer seule tous les actes que le mari pouvait accomplir seul également ; elle n'a pas à solliciter d'autorisation quand celui-ci n'avait pas à en réclamer. Nous ne voyons pas pourquoi cette solution, que la doctrine a étendue à l'interdiction, en assimilant celle-ci à l'absence (V. références, p. 178 et 194), ne serait pas admise en cas de non-présence. Les motifs d'utilitéet de raison qui la justifiaient là conservent ici toute leur valeur.

Quant aux actes que la femme sera amenée à passer pour l'éducation de l'enfant, ceux-là seront conclus en son nom personnel. Or, de droit commun, il lui faut pour agir ainsi une autorisation (art. 217 et 222). Va-t-il lui en falloir une lorsqu'elle contractera pour les besoins de l'enfant ? Exiger l'intervention de la justice en ces questions familiales serait en pratique d'un bien mauvais effet. D'autant plus que les intérêts en jeu ne seront jamais fort élevés. Par ailleurs lui permettre d'agir librement quand elle s'occupe de l'administration des biens de l'enfant, et le lui refuser quand elle pourvoit à son éducation, serait un système peu cohérent et d'application difficile. Enfin l'article 141 du Code civil,

Il est un point sur lequel les auteurs sont d'accord. Ceux qui admettent en notre hypothèse la délégation de l'autorité à la mère comme ceux qui la lui refusent, s'entendent pour décider que la femme acquerra, aussitôt son mari parti, tous les pouvoirs domestiques et intimes tendant à assurer à l'enfant une existence convenable et à subvenir aux besoins de la vie courante.

Quid pour les autres éléments de la puissance parentale ? — Nous avons admis que la mère agirait en son nom propre, en vertu de la vocation personnelle qui lui est attribuée par la loi. Nous sommes donc amenés à décider qu'elle aura tous les pouvoirs que cette vocation lui alloue, et que, comme le dit l'article 141 au sujet de l'absence, elle aura tous les droits nécessaires pour assurer la surveillance, l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens, en somme tous les droits que possède normalement le père. Puisque le Code accorde égalité d'autorité aux deux ascendants, et les place tous deux sur le même rang quant au principe, proclamant seulement la priorité du mari au point de vue de l'exercice de fait, pourquoi ne suivrions-nous pas son intention, et ne

en cas d'absence, lui donne tous les droits du mari relatifs à l'éducation et à l'administration : il ne distingue pas les deux choses : il faut donc les régler mêmement : la mère n'aura pas ici non plus d'autorisation à solliciter. Elle pourra faire pour l'enfant ce qu'elle ne peut faire pour elle-même. Sans doute ce sera là une nouvelle brèche au dogme de l'incapacité : la femme exerçant la puissance parentale en son nom, au cas d'empêchement du père, s'obligera valablement sans autorisation. Mais les nécessités sociales exigent que l'éducation de l'enfant soit assurée avant tout : il faut que le titulaire de cette sorte de magistrature publique qu'est l'autorité parentale, puisse agir sans encombres : l'intérêt du mineur, lequel est primordial pour la loi, le veut ainsi. S'il est besoin pour cela de suspendre momentanément une des conséquences du mariage, il faut s'y résigner. D'ailleurs l'incapacité de la femme existant pour une bonne part dans l'intérêt de la société conjugale, c'est servir celle-ci que de sauvegarder la bonne éducation de l'enfant.

donnerions-nous pas à la mère, lorsqu'elle est appelée à prendre en mains les rênes du gouvernement familial, les pouvoirs qu'à l'occasion de ce dernier la loi a organisés, tant pour l'époux que pour sa compagne. Mais si nous reconnaissons à celle-ci, d'une façon générale, les droits qu'avait son conjoint, précisément à raison de ce que nous la faisons venir en vertu de sa vocation propre, nous ne les lui reconnaîtrons pas tous.

Elle aura ainsi le droit de garde — qu'elle exerçait déjà en fait durant la présence du père à ses côtés (1) — avec son attribut, le droit de recourir à la force publique pour obliger l'enfant à réintégrer le domicile familial (2) (sinon le droit de garde ne serait qu'un droit théorique sans sanction), et le droit d'autoriser l'enfant à quitter ce domicile (3).

Quant au droit de correction, la mère ne pourra l'exercer qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition seulement, selon les dispositions

(1) En ce sens : BOISTEL, *op.* et *loc. cit.*, p. 200.

(2) En ce sens : BOISTEL, p. 200-201. Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. V, N° 223, p. 269.

(3) *Contra* : BOISTEL, p. 201. Nous ne croyons pas pouvoir refuser ce droit à la mère, en présence des termes catégoriques de l'article 149. Quand elle autorisera l'enfant à contracter mariage, elle l'autorisera par là même à quitter la maison familiale. Pourquoi, dès lors, ne lui serait-il pas permis de le faire directement? D'autre part, l'article 141, en cas d'absence, lui attribue la surveillance d'une façon générale (donc avec les prérogatives qu'elle emporte) et tous les droits du mari, celui-là aussi par conséquent. Bien entendu, elle ne pourrait user de cette faculté qu'en s'inspirant de l'intérêt de l'enfant, et en se préoccupant de l'intention probable du père. Si elle ne donnait ce consentement que par esprit de chicane à l'égard de son mari, elle violerait l'article 372. Le père revenu, jugeant que son épouse a abusé de son droit, aurait la faculté de faire rentrer son enfant au domicile parental, et d'annuler ainsi la décision de la mère. Au surplus laisser à celle-ci la liberté d'autoriser l'enfant à quitter le domicile familial n'est pas lui permettre d'accomplir un acte si grave ; l'enfant, bien que relevé de cette obligation, n'en demeure pas moins soumis pour tout le reste à la puissance.

édictées par l'article 381 pour le cas où elle est veuve. Puisque le Code a posé ces principes dans l'hypothèse où la mère intervient en vertu de son pouvoir propre, il est naturel d'y faire appel ici. Il serait illogique de lui donner tous les droits du mari quand elle le remplace, et certains seulement quand elle lui succède (1).

Pour les divers consentements que l'enfant doit obtenir de son père, nous nous en tiendrons à l'article 149, qui ne permet à l'enfant de recourir à sa mère que quand le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Or l'éloignement du mari ne l'empêchera pas, en général, de pouvoir faire connaître ses désirs. Ceux-ci devront donc être demandés et suivis. Ce n'est que dans les cas d'urgence, où les circonstances ne laisseraient pas le temps matériel nécessaire pour prendre la volonté du chef de famille, et dans les cas aussi où les événements le mettraient dans l'impossibilité de faire connaître son intention (maladie), que nous laisserions sa femme donner à sa place les autorisations nécessaires (2).

Pour l'émancipation, au contraire, nous serions tentés de

(1) En ce sens : BOISTEL, p. 202. Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, t. II, N° 1291, p. 404 ; DEMOLOMBE, t. VI, N° 348, p. 274 ; DURANTON, t. I, N° 519, p. 420 ; LAURENT, t. II, N° 147, p. 185.

(2) En pareil cas BOISTEL, *op cit.*, p. 203, exige que la mère obtienne l'autorisation du tribunal. Pourquoi ? Pour établir légalement l'impossibilité où se trouve le père de donner son consentement et garantir ainsi sa puissance. Mais faire intervenir le tribunal, c'est renforcer l'article 149 qui n'exige pas que l'impossibilité du père soit judiciairement constatée : s'il l'eut voulu, il l'eut dit. C'est, en plus, poser *a priori* une mesure de défiance à l'égard de la mère, supposer qu'elle n'est pas capable d'agir impartialement, méconnaître la vocation que lui attribue l'article 372, — enfin regarder la puissance parentale comme une institution existant avant tout dans l'intérêt du père. Nous préférons suivre ici les conséquences de la vocation particulière de la mère, avec cette réserve que celle-ci doit se rappeler qu'elle partage l'autorité avec son mari, et par là même s'inspirer de sa volonté probable, en même temps que de la sienne propre.

n'admettre la mère à exercer ce droit qu'avec autorisation du Tribunal. L'urgence, qui pouvait se présenter pour le mariage, ne se retrouvera plus ici en effet. C'est une mesure qui ne réclame pas une solution immédiate. Dès lors si la mère donne son consentement à un acte que les nécessités ne réclament pas impérieusement, on peut craindre qu'elle n'agit que par mauvaise pensée à l'égard de son conjoint. Il faut protéger celui-ci, dont les intérêts, par la perte de la jouissance légale, risquent d'être menacés. Sans doute l'article 2 du Code de commerce nous fait hésiter à adopter cette opinion, car il reconnaît à la mère, en cas de décès, absence, interdiction du père, le droit d'autoriser le mineur émancipé à faire le commerce. C'est donc qu'elle a, en pareilles hypothèses, le droit de l'émanciper elle-même (1) ; sinon la faculté qui lui serait ainsi accordée serait de pure forme. Néanmoins les nécessités pratiques n'imposant pas absolument ici l'intervention rapide de la mère pour préserver la situation de l'enfant, nous l'obligerions à demander l'autorisation du tribunal pour réaliser sa volonté. Ce ne serait qu'une minime entrave à son indépendance, vu la rareté des émancipations (2).

Si l'enfant a des biens la mère en aura l'administration, comme le père et avec la même étendue de pouvoirs, sans

(1) L'art. 477 du Code Civil n'est pas tout à fait décisif en ce sens, car il ne nous dit pas que la mère peut émanciper à défaut *du* père, mais à défaut *de* père, ce qui laisserait croire qu'elle ne possède ce droit qu'au cas où le père est prédécédé. En ce sens : TAUDIÈRE, *op. cit.*, p. 102.

(2) M. TAUDIÈRE (*loc. cit.*), admet une opinion contraire pour les cas d'absence, interdiction et mort, en se fondant sur les termes formels des art. 477 du C. civ. et 2 du C. com. : il donne pleins pouvoirs à la mère (Cf. les références qu'il cite p. 102). Nous le comprenons en ces espèces où l'impossibilité du père de manifester sa volonté est légalement établie. Il en est autrement dans notre hypothèse : C'est pourquoi nous croyons devoir apporter une restriction à la libre activité de la mère.

avoir besoin de l'autorisation du Conseil de famille ou de la justice pour passer des actes que le père peut faire sans cette autorisation (art. 389, C. civ. (1). En retour, elle en aura, comme lui aussi, la jouissance légale ; celle-ci n'étant que la compensation et l'indemnisation de celle-là, ne saurait appartenir au père qui ne supporte plus les charges qu'elle a pour but de rémunérer : ce sont les deux éléments d'un même tout, la surveillance du patrimoine de l'enfant : celui qui est investi de l'un doit l'être de l'autre aussi (2).

(1 Cf. AUBRY et RAU, 5e édit., t. I, § 160, p. 962, N° 5 ; BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, 3e édition, t. II, n° 1292 ; DEMOLOMBE, t. II, N° 317 ; DURANTON, t. I, N° 520 ; LAURENT, t. II, N° 140. MM. BAUDRY et HOUQUES-FOURCADE, envisageant le cas d'absence disent : elle (la femme) n'a pas besoin pour faire ces actes de l'autorisation de la justice qui lui serait nécessaire pour les accomplir sur son propre patrimoine, selon l'article 222. Qu'est-ce à dire ? Ou la femme s'est réservé des biens propres ; et alors elle les administre seule, en pleine capacité (V. DEMOLOMBE, t. IV, N° 205 ; GIDE, 2e édit., p. 429) ; elle n'a donc pas besoin en cas d'absence ou d'empêchement de son mari de solliciter une autorisation de justice (l'art. 222 s'interprète par référence à l'art. 217 qui ne vise pas parmi les actes soumis à l'habilitation ceux qui concernent l'administration). Il n'en serait autrement qu'au cas où elle voudrait disposer de ses biens. Ces auteurs reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes ces idées (V. le N° 1292). — Ou la femme n'a pas conservé de biens personnels : toute sa fortune est aux mains de son mari ; c'est celui-ci qui l'administre et l'administre seul. S'il vient à manquer, ce n'est pas une autorisation que la femme doit obtenir de la justice, car le droit à exercer lui fait défaut, mais un pouvoir, un mandat. — *Adde*, spécialement pour le cas d'absence ; Trib. Civ., Nancy, 5 août 1907 (D. 1908.2.13. *La Loi* 22 novembre 1907), qui déclare que quand le père a disparu, la mère étant investie immédiatement et sans formalités des droits du mari, peut intenter une action en justice pour la réparation du dommage causé à l'enfant, alors que pour elle-même elle ne le pourrait faire sans autorisation.

(2) En ce sens : COLIN et CAPITANT, t. I, p. 448-2.

Pour l'absence et l'interdiction la majorité des auteurs est en sens contraire, en invoquant que l'article 141, en ne donnant à la mère les droits du père que quant à l'éducation des enfants et à l'administration de leurs biens, l'exclut par là même des droits de jouissance. Cet argument de texte est spécieux et faible en face du principe qui lie la jouissance à l'adminis-

Tels sont les droits qui pourront appartenir à la mère exerçant la puissance parentale aux lieu et place du père éloigné. C'est donc d'une véritable autorité, réelle et directe, qu'elle sera munie, et non pas seulement d'un pouvoir de représentation. Ses droits auront leur source, non dans l'intention présumée de son mari, mais dans la loi, traduisant les volontés de la nature et de l'affection. Ils auront, en conséquence, l'étendue que commande leur origine, c'est-à-dire qu'ils donneront à la femme toutes facultés nécessaires pour assurer à l'enfant, dans l'intérêt de qui l'institution a été créée, une existence convenable ; mais ils n'en sauvegarderont pas moins ce principe essentiel selon lequel la mère n'est que cotitulaire d'un organe dont l'autre membre, pour éloigné qu'il est, ne doit pas voir ses prérogatives oubliées (2).

tration et en fait le corollaire naturel (COLIN et CAPITANT, t. I, p. 447-1). Néanmoins la doctrine admet cette opinion. V. AUBRY et RAU, t. VI, § 550 *bis*, texte et note 40 ; DEMANTE, t. II, N° 129 *bis*, IV ; DEMOLOMBE, t. VI, N° 483, p. 384 et suiv. ; LELOIR, t. I, N° 305, p. 224 ; TAUDIÈRE, *op. cit.*, p. 101 ; ZACHARIE, t. IV, § 550 *bis*, p. 609. — Pour la transmission de la jouissance à la mère, V. au contraire, BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, t. II, N° 1293 ; DURANTON, t. I, N° 521 ; MARCADÉ, t. II, N° 433. — D'ailleurs, que la mère ait l'usufruit ou non, elle en profitera souvent quand même. La plupart du temps elle sera mariée sous le régime de communauté : les fruits et revenus tombant dans celle-ci, la femme en tire bénéfice. V. à ce sujet DEMOLOMBE, t. VI, N° 483 ; LELOIR, t. I, N° 305, p. 224.

M. Planiol, pour refuser à la mère la jouissance, se place à un autre point de vue. Observant que l'article 141 lui donne les droits du mari, il remarque que l'épouse n'est ainsi qu'une mandataire devant rendre compte et percevant les fruits pour le père. V. 5e édit., t. I, N° 1647, p. 534-535.

(2) Nous ne trouvons sur cette question qu'une opinion jurisprudentielle très ancienne. C'est une décision de la Cour de Poitiers du 11 mars 1830, rendue au sujet d'un consentement à mariage, qui reconnaît aux tribunaux le droit d'apprécier les circonstances qui empêchent le père d'exercer la puissance parentale, et en conséquence de valider ou non les actes de la mère. V. D. 1830.2.178.

CHAPITRE II

SITUATION FAITE A LA MÈRE PAR LA LÉGISLATION DE LA GUERRE

Ainsi la mobilisation étant venue enlever le père au foyer, la mère trouvait dans le Code Civil des pouvoirs suffisants pour prendre en mains la direction de la famille. Bien que cette circonstance particulière — l'appel du père à l'Armée — n'eût pas été prévue expressément par nos lois, elle ne demeurait tout de même pas hors de leur domaine d'application. Si anormale qu'elle fût, elle ne dépassait pas la portée des principes généraux posés par nos textes. Ceux-ci étaient susceptibles de résoudre par eux-mêmes les difficultés qu'elle soulevait. Point n'était besoin pour ce faire d'une intervention du législateur. Et il peut sembler que ce fut là tout d'abord l'opinion de ce dernier. La guerre déclarée, il ne se préoccupa pas de cette question. Il paraissait donc qu'aucune controverse n'existait en la matière, et que la femme, dont la condition juridique s'est sensiblement améliorée en ces derniers temps, avait acquis le droit de mettre librement en jeu, en cas d'empêchement du père, l'autorité qu'elle tient de la loi autant que de la nature.

Mais si telle fut à l'origine la pensée du législateur, elle ne persista pas. Huit mois environ après l'ouverture des hostilités, le Gouvernement déposait un projet tendant à modi-

fier, pendant la durée de la guerre, les dispositions légales relatives à l'exercice de la puissance paternelle (1). Comme l'auteur d'un amendement le constatait au cours de la discussion, si l'on a pu attendre aussi longtemps cette réglementation nouvelle, c'est que sa nécessité ne s'imposait pas de façon absolue (2). Pourquoi, en effet, si la femme n'a pas par elle même faculté de remplacer son mari près des enfants, avoir tant tardé pour la lui octroyer. Puisque les besoins de la pratique se sont accommodés d'un tel silence, c'est que les textes en vigueur leur permettaient de se suffire. Cet indice nous montre que le caractère impérieux de la réforme est discutable.

En réalité, à lire la loi du 3 juillet 1915, on s'aperçoit aisément que l'on s'est borné à remettre à jour une disposition ancienne,prise jadis par le Gouvernement de la Défense Nationale : le Décret du 14 décembre 1870. L'analogie des circonstances a paru justifier cette résurrection. Nous verrons par la suite ce qu'il est permis d'en penser. Aussi bien nous ne trouvons pas dans les travaux préparatoires l'indication de raisons de droit fondant la nécessité de cette mesure. On se contente de cette affirmation générale que la Mobilisation empêchant le père d'exercer la puissance paternelle, et la mère ne pouvant le faire à sa place, il y a lieu de porter remède à cette situation. A peine le rapporteur à la Chambre essaie-t-il une tentative d'explication juridique (3). A s'en rapporter à ces documents la question serait incontestablement fixée

(1) Dépôt au Sénat par M. Aristide Briand le 18 mars 1915. — *Exposé des Motifs, Journ. Off.*, 1915, *Doc. Parl.*, Sénat, p. 33 ; *Rapport* de M. Guillier, *Doc. Parl.*, Sénat, p. 43.

(2) Discours Maurice Violette, *Journ. Off.*, 1915, *Débats parlement.*, Chambre, p. 1033.

(3) *Rapports* Paul-Meunier, *Journ. Off.*, 1915, *Doc. parl.*, Chambre, p. 512.

en ce sens : la femme n'aurait, en cas d'empêchement de son mari, aucun pouvoir sur ses enfants. Il s'en faut, comme nous l'avons vu précédemment, que l'accord sur ce point soit unanime (1).

Ceci étant, que s'est proposé le législateur ? Le titre même de la loi du 3 juillet 1915 nous le montre : modifier pendant la durée des hostilités les conditions normales d'exercice de la puissance paternelle (2). C'est donc une disposition essentiellement temporaire (3) : instituée pour régler une situation

(1) V. *supra*, p. 179 et suiv.

(2) Nous pourrions observer que les auteurs de la réforme ont en quelque sorte dépassé le but qu'ils se proposaient. Ils entendent modifier à titre provisoire les dispositions légales relatives à l'exercice de la puissance paternelle, et parmi les droits qu'ils veulent attribuer à la mère durant la mobilisation de son mari, ils font figurer le consentement à mariage. Or ce n'est pas là un des éléments ordinairement compris dans l'autorité parentale. L'art. 141, relatif à l'absence, qu'ils invoquent à titre de comparaison (V. *Rapport* Meunier précité), confère à la mère tous les droits du père relatifs à l'éducation des enfants et à l'administration de leurs biens, mais ne parle pas du consentement à mariage. C'est que précisément l'article 149 a réglementé la question d'une façon générale, et a donné pouvoir à la mère toutes les fois que le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. C'est une question d'habilitation et non point de puissance proprement dite, puisque l'enfant est encore tenu d'obtenir ce consentement alors même qu'il serait sorti de la puissance par l'émancipation. (Nous avons admis pour notre part qu'au cas où la mère serait réellement dans l'impossibilité d'obtenir le consentement du père, elle pourrait, en cas d'urgence, accorder le sien librement. V. p. 217).

A un autre point de vue les auteurs sont demeurés en deçà du but. Nulle part, ils ne parlent de l'administration légale, ni de la jouissance. La mère les a-t-elle ? V. p. 218-219.

(3) Il est curieux de constater le soin que prend le législateur à affirmer qu'il n'intervient qu'à titre provisoire (V. *Exposé des Motifs* ; *Rapports* au Sénat et à la Chambre, *J. O.*, *loc. cit.*). On dirait qu'il a peur de toucher aux pouvoirs souverains du père, et qu'il considère comme une véritable hardiesse de les attribuer quelque temps à la mère. Comme si celle-ci n'avait pas elle-même jouissance de ces droits. Que nous sommes loin des Codes étrangers !

créée par la guerre, elle est destinée à disparaître avec celle-ci (1).

1. — *En quoi consiste cette modification ?*

La mère, nous répond l'article 2, exercera provisoirement la puissance paternelle à défaut du père empêché par la cause ci-dessus énoncée, c'est-à-dire par la guerre. Remarquons tout de suite combien cette formule diffère de celle de l'article 141 du Code Civil. Elle est à la fois plus et moins explicite que cette dernière. Elle l'est plus, car si l'article 141 a pu laisser des doutes sur le point de savoir s'il appelait la mère en vertu de son droit propre ou par délégation de celui de son mari, cette difficulté ne naît plus ici ; le texte nous dit en effet : la mère exercera la puissance paternelle. Plus de discussion possible ; c'est sa vocation particulière et personnelle qu'utilisera la femme. D'un autre côté cette formule est moins explicite que celle de l'article 141. Elle ne nous parle plus de la surveillance des enfants, ni de leur éducation, ni de l'administration de leurs biens. Et si nous nous reportons aux travaux préparatoires, nous voyons que les auteurs n'ont envisagé sous ce terme générique de puissance paternelle que trois choses : éducation, correction et consentement à mariage. *Quid juris* pour l'administration des biens et la jouissance légale ?

(1) On peut regretter que le législateur n'ait pas profité de la circonstance qui s'offrait à lui si bien à propos, pour tenter une réforme d'une portée générale, et reconnaître à la mère autorité sur les enfants toutes les fois que le père, pour une cause quelconque, serait empêché de faire valoir la sienne. C'eut été un progrès certain et persistant, mettant notre vieille institution de la puissance paternelle en harmonie avec les idées et les besoins modernes, et nous rapprochant un peu du système des lois étrangères, plus récentes que la nôtre.

Les doutes qui se sont élevés sur l'article 141, relativement à la jouissance, venaient précisément de ce que la loi avait prévu en termes exprès, dans l'attribution qu'elle faisait à la mère, certains éléments de la puissance et non d'autres : on en concluait, à tort selon nous, que ce qui n'avait pas été délégué avait été exclu de la dévolution. Ici, au contraire, notre texte lui donnant l'autorité parentale d'une façon absolue sans aucune distinction entre ses divers éléments, nous sommes fondés à croire que la mère se trouve investie de tous : ce qui n'est pas refusé est permis. La femme remplaçant son mari aura donc vis-à-vis de ses enfants droit de garde, d'éducation, de correction (1), de consentement à mariage, d'émancipation aussi (puisque cette prérogative lui a été formellement accordée par le législateur au cours des travaux préparatoires), droit d'administration également, et, en retour, de jouissance (2). La mère aura de la sorte des pouvoirs presque aussi étendus que ceux du père (3).

2. — *A qui profite la modification ?*

Toutes les mères vont-elles pouvoir, en cas d'empêchement de leur conjoint, bénéficier de la réforme ? Non. Seules seront susceptibles d'invoquer la loi du 3 juillet 1915, celles dont l'époux est dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle par suite de la guerre. Il faut que ce soit une circonstance due à la guerre qui cause l'empêchement. Un évé-

(1) Pour le droit de correction, nous ne l'accorderons à la mère que dans les conditions où elle le possède en cas de veuvage. Art. 381. V. précédemment p. 216-217.

(2) Cf. précédemment, p. 219.

(3) V. WAHL, *Le Droit civil et commercial de la guerre*, t. I, N° 428, p. 411-412, N° 430, p. 413.

nement quelconque se produisant pendant les hostilités, mais n'ayant pas rapport avec elles, ne suffirait pas. Cependant s'il est nécessaire qu'il y ait relation entre l'impossibilité et la guerre, on ne saurait exiger que celle-ci soit la cause directe de celle-là. S'il est indispensable qu'un certain lien de connexité unisse les deux choses, point n'est besoin que l'une soit le résultat immédiat de l'autre. En d'autres termes, alors même que les empêchements ne proviendraient pas de faits de guerre proprement dits, ils n'en seraient pas moins pris en considération, pourvu qu'ils eussent un rapport certain avec l'état de guerre, ce rapport fût-il très lâche.

Ce qui nous pousse à interpréter ainsi le texte, c'est que la loi du 3 juillet 1915 n'a pas employé les termes dont maintes dispositions législatives se sont servi depuis le début des hostilités. Elle n'a pas dit : par suite de la Mobilisation, ou par suite de l'appel sous les drapeaux. Non ; elle a préféré une expression plus large : par suite de la guerre, qui embrasse diverses catégories possibles de situations.

Sans doute si nous nous reportons aux travaux préparatoires, nous voyons que les auteurs de la loi envisagent seulement comme fait de guerre la Mobilisation du mari (1). L'appel du père sous les drapeaux est pour eux l'unique cause d'empêchement. En pratique il a dû s'en produire bien d'autres. Il n'est guère difficile de concevoir des cas où, bien que non mobilisé, le père se verra par suite de la guerre dans l'impossibilité d'exercer la puissance parentale. Par exemple, c'est un individu qui se trouvait en territoire ennemi lorsque le conflit a éclaté, et qui y a été retenu prisonnier. C'est un autre qui, demeuré à son foyer, y a été surpris par l'invasion, et condamné à y rester ou déporté en Allemagne, alors que sa

(1) Cf. *Exposé des Motifs, Rapports* Guillier au Sénat, et Meunier à la Chambre, précités.

femme et ses jeunes enfants étaient autorisés à rentrer en France. C'est un marin bloqué par l'ouverture des hostilités dans un port continental ou colonial d'une des puissances adverses, et aussitôt interné. C'est encore un marin dont le navire a été capturé en mer par l'ennemi, et emmené en prise. Voilà autant d'hypothèses, et d'hypothèses qui ont dû certainement se réaliser en pratique, où des citoyens seront impuissants, bien que non présents sous les drapeaux ,à exercer leurs droits vis-à-vis de leurs enfants. Allons-nous rejeter tous ces cas hors du domaine d'application de la loi ? Ce serait restreindre considérablement la portée de celle-ci, et réduire dans une singulière mesure son utilité. D'autant plus que, comme l'a dit M. Guillier en rapportant la loi au Sénat (1), la Mobilisation ne justifiera pas par elle-même le déplacement de la puissance paternelle au profit de la mère ; il faudra pour le faire qu'elle empêche le père de mettre en œuvre son autorité, et que l'acte dont la mère veut se charger réclame une solution urgente. L'appel de l'homme à l'Armée n'aura pas toujours pour conséquence, en effet, de le rendre incapable de faire valoir ses droits de famille : il peut le placer loin de la zone des combats ; même le retenant là, il peut lui laisser un répit suffisant pour pouvoir s'occuper de ses enfants.

Tout autre, au contraire, sera la condition du citoyen qui, captif chez l'ennemi, n'aura plus de relations avec les siens, ou n'en aura plus que d'intermittentes, occasionnelles et rares. Celui-là sera réellement dans l'impossibilité de jouer son rôle de père : ce ne sera pas seulement la distance qui le séparera de ceux qu'il a mis au monde, mais souvent aussi le manque de communications. Bien qu'il ne soit pas soldat, sa

(1) V. GUILLIER, *Rapport* précité, *J. O.*, 1915, *Doc. parl.*, Sénat, p. 43. *Adde* WAHL, *op. cit.*, t. I, N° 426, p. 410.

femme se trouvera seule, ses enfants sans protection. Allons-nous refuser à cette mère le droit de prendre en mains la direction du foyer ? Si ces hypothèses n'ont pas été envisagées par le législateur, ce n'est pas une raison pour renoncer à leur donner une solution alors que, par ses termes généraux, le texte permet de le faire. Ce sont bien là des cas où le père sera empêché par suite de la guerre : c'est bien celle-ci qui sera cause de ces difficultés : en conséquence nous les résoudrons à l'aide du principe élaboré pour régler les situations que cet événement est susceptible de créeer.

3. — *A quelles conditions la mère bénéficiera-t-elle de cette modification ?*

A ce sujet, le rapporteur à la Chambre disait (1) : « Les tribunaux ont d'ailleurs toute latitude pour apprécier dans chaque espèce si les deux conditions d'application de la loi se trouvent expressément remplies, c'est-à-dire :

1° S'il y a urgence pour la femme ou pour la mère d'agir à la place du mari ;

2° S'il y a impossibilité pour le mari d'intervenir.

Toute facilité est d'autre part donnée à la femme pour obtenir, sous ces réserves, une décision de justice ».

Nous voyons donc que trois conditions sont nécessaires pour que la mère puisse mettre en jeu les pouvoirs que la loi du 3 juillet 1915 lui octroie. Il faut que le mari soit empêché d'exercer la puissance parentale, que l'acte que son épouse veut accomplir réclame urgence, enfin que la justice ait été saisie et ait reconnu le bien fondé des deux éléments précédents.

(1) V. *Rapport* Paul Meunier, *J. O.*, 1915, *Doc. parl.*, Chambre, p. 512.

a) Il faut que le mari soit empêché d'exercer la puissance parentale. — Entendons-nous : il faut qu'il soit dans l'impossibilité de faire connaître sa volonté relativement à l'éducation des enfants et à l'administration de leurs biens. Peu importe qu'il ne puisse pas lui-même mettre en jeu son autorité, s'il a le moyen d'informer sa femme de ses intentions et de lui dire comment il désire qu'elle se comporte ; en ce cas la disposition de l'article 2 ne s'appliquerait pas. Le mari, en effet, serait toujours en mesure, en une telle occurrence, de diriger l'éducation de ses enfants : ce serait sa volonté qui prévaudrait ; sa femme n'en serait que l'agent d'exécution. Sans doute il n'agirait pas lui-même, et ferait agir quelqu'un à sa place. N'empêche que c'est lui qui en fait comme en droit continuerait à exercer la puissance. Que si, au contraire, il ne lui est pas permis de tenir son épouse au courant de ses desseins, il sera réellement alors dans l'impossibilité d'user de ses droits. En ce cas, la loi du 3 juillet 1915 entrera en fonction.

Que doit être cet empêchement ? Quelles doivent être sa cause et son étendue ? Le législateur ne s'est pas expliqué sur ce point. Il s'est contenté d'une formule générale : empêché par suite de la guerre (art. 1 et 2) ; d'où l'on est à même de conclure que tout empêchement quel qu'il soit, pourvu qu'il dérive de l'état de guerre, sera admis.

Pourvu qu'il dérive de l'état de guerre. C'est là la seule condition que le législateur met à l'existence de l'empêchement : quelle que soit son origine, celui-ci sera pris en considération s'il se rattache d'une façon ou d'une autre à la situation exceptionnelle créée par les hostilités. Certes, les rédacteurs du texte ont visé principalement un fait, et peut-être même n'ont-ils aperçu que celui-là : la Mobilisation du père. Il est entendu, d'ailleurs, comme le remarque le rap-

porteur au Sénat (1), que le seul fait de mobilisation ne saurait constituer l'empêchement. C'est par la gêne qu'elle est susceptible d'occasionner au chef de famille dans l'exercice de sa mission que cette circonstance peut être acceptée. Mais la formule générale adoptée : « par suite de la guerre », permet de retenir bien d'autres faits encore. En somme que le père soit militaire ou non, ce seront l'éloignement et les difficultés de communications qui constitueront ordinairement son impossibilité d'agir.

Pour un soldat, on conçoit également qu'une maladie ou une blessure graves l'empêchant de correspondre aient même effet, et *a fortiori* sa captivité. Pour une personne non attachée à l'Armée, ces hypothèses de maladie ou d'accident ne sauraient plus être classées, en principe du moins, comme des cas d'empêchement ; sa condition actuelle, n'ayant pas de rapports avec l'état de guerre, reste en dehors des prévisions de la loi. Au contraire l'internement d'un tel individu

(1) Dans son rapport au Sénat, *J. O., Doc. parl.*, Sénat, p. 43, M. Guillier dit : « Il est évident que le seul fait de la mobilisation du mari ne justifiera pas le déplacement au profit de la mère de la puissance paternelle dont l'exercice revient normalement au père. »

Mais puisque l'attribution de la puissance parentale au père constitue le cas normal et que la mobilisation représente d'autre part une circonstance exceptionnelle, il ne nous semble pas de toute évidence que cet événement extraordinaire n'ait aucune influence sur le fonctionnement de l'autorité familiale. Qu'y aurait-il d'étonnant que les mesures organisées pour le temps de paix se vissent modifiées par les événements de la guerre ? A d'autres situations, d'autres institutions.

En vérité, on s'est borné à reproduire ici, comme nous l'avons déjà constaté, les solutions édictées par le décret du 14 décembre 1870. Ces dispositions, qui avaient été prises alors en conformité de l'esprit du temps, ont été tout bonnement renouvelées, parce qu'elles ont paru pratiques. Mais on ne s'est pas demandé si les idées n'avaient pas évolué depuis lors, si l'utilité supposée du décret de 1870 était réelle, et même l'eût-elle été à cette époque, si elle l'était encore aujourd'hui.

en pays ennemi rentrerait dans le domaine de celle-ci, comme nous l'avons vu précédemment (1).

Pour que l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle existe, il n'est pas indispensable qu'elle soit absolue, qu'il n'y ait aucun moyen d'aucune sorte pour le père de se tenir en relation avec ses enfants. Il suffirait qu'elle fut relative, c'est-à-dire que la communication, bien que possible, nécessitât trop de temps et entraînât si grand retard que l'attendre serait d'un grave inconvénient pour l'éducation de l'enfant ou la gestion de ses biens. Le rapporteur au Sénat s'est prononcé en ce sens (2).

Au fond ce à quoi l'on a entendu surtout remédier, c'est à l'absence de rapports, par suite de la guerre, entre le père et ses enfants, que cette absence trouve sa raison dans tel événement ou dans tel autre. Le législateur a bien fait de ne pas indiquer de causes d'empêchement : celles-ci pouvant être très variées, son énumération eût été forcément incomplète. Son involontaire prudence permet à l'interprète de tirer du texte tout le bénéfice qu'il est susceptible de fournir.

b) Il faut qu'il y ait urgence à faire l'acte proposé par la mère. — Quand en sera-t-il ainsi ? C'est lorsqu'il y aura nécessité d'agir sans retard, sous peine de porter un préjudice grave aux intérêts moraux ou matériels de l'enfant (3). L'urgence est avant tout une question de fait. Les tribunaux ont pleins pouvoirs pour apprécier si, d'après les circonstances de la cause, elle existe ou non (4). Cette solution de droit commun est celle qui a été admise ici. Les déclara-

(1) V. p. 226-227.

(2) *Rapport* Guillier précité.

(3) V. *D. Jurisp. générale*, V° *Urgence*, N° 1458, et *Supp.*, V° *Référé* N° 21, p. 136.

(4) En ce sens : *Réq.*, 12 janv. 1903, D. 1903.1.406.

tions formelles du rapporteur à la Chambre en font foi (1).

c) Il faut que la justice ait constaté l'empêchement du père et l'urgence de l'acte (art. 1, 2 et 3.)

L'article 2 ne mentionne pas l'intervention de la justice pour apprécier l'impossibilité où se trouve le père d'exercer la puissance parentale. Mais puisqu'il renvoie à l'article 1er pour la cause qui permettra à la mère de remplacer son mari, il doit donc se référer à lui aussi pour la façon dont cette cause sera établie. D'autre part, le rapporteur à la Chambre parlant d'une façon générale, c'est-à-dire pour l'habilitation de l'épouse comme pour celle de la mère, a déclaré que les tribunaux avaient toute latitude pour décider si les deux conditions d'application de la loi se trouvaient expressément remplies (2). Le bon sens, d'ailleurs, suffirait seul à justifier cette solution.

x) *Comment la mère agira-t-elle en justice ?*

La procédure de l'article 863 du Code de Procédure civile, mentionnée à l'article 1er de la loi pour l'épouse qui veut se faire autoriser, sera utilisée ici aussi. Par suite la mère n'aura qu'à présenter requête au Président ; après communication de celle-ci au ministère public et rapport du juge commis, il sera statué sans retard par le tribunal. Les travaux préparatoires indiquent cette procédure d'une manière générale pour l'ensemble de la loi, sans distinguer entre ses deux dispositions (3). De plus, comme il l'a été prévu (4), la loi du 6 février 1916, art. 3, facilitant l'accès des tribunaux aux per-

(1) V. *Rapport* Paul-Meunier précité. — Wahl, *op. cit.*, t. I, N° 426, p. 410.

(2) V. *Rapport* Paul-Meunier précité. — Wahl, *op. cit.*, t. I, N° 427, p. 410-411.

(3) V. *Rapport* Guillier au Sénat, précité.

(4) V. *Exposé des Motifs* et *Rapport* Paul-Meunier à la Chambre, précités.

sonnes que la guerre a chassées de leur domicile et leur permettant de s'adresser aux juges de leur résidence, sera applicable ici également.

γ) *Quel sera le caractère de l'intervention de la justice ?*

Celle-ci aura uniquement pour mission de constater l'existence des deux conditions imposées par la loi à la mère pour qu'elle puisse exercer la puissance parentale. Le rôle du juge différera donc de celui qu'il aurait en vertu de l'article 1er, où il lui faut, après avoir établi la réalité des deux éléments exigés, autoriser la femme à exercer son droit. Ici, au contraire, il n'a pas d'autorisation à lui donner. Non seulement la mère possède dans sa personne le droit qu'elle veut mettre en œuvre, — droit qui sommeille durant la présence du mari, et qui se ranime en vertu de l'article 2 de la loi de 1915 au cas où les circonstances de guerre placent celui-ci dans l'impossibilité d'utiliser ses pouvoirs, — mais encore elle est capable de le faire. Si la justice intervient, ce n'est pas pour la relever d'une inhabileté, c'est pour contrôler l'existence des conditions auxquelles la loi subordonne son activité (1).

On a eu tort de lier deux institutions différentes : l'autorité maritale d'un côté, appartenant au mari seul, imposant à la femme une sujétion qui influe sur sa personnalité, et dont, en cas d'éloignement de son conjoint, elle a besoin d'être relevée par la justice, remplaçant le titulaire normal ; la puissance parentale de l'autre, compétant à la mère à l'égal du père, et ne la livrant pas à son entière discrétion ; pour ne point l'exercer en face de son époux, la femme n'en est pas moins investie, ce qui empêche son associé de faire abstraction de sa qualité dans les mesures qu'il prend à l'égard des enfants.

(1) Cf. Wahl, *op. cit.*, N° 427, p. 410-411.

Le rôle du juge varie ainsi dans les deux hypothèses : sollicité par l'épouse, il lui répond en lui donnant *capacité* ; saisi par la mère, il lui réplique en lui accordant *pouvoir*. En fait et dans la pratique, son intervention en ce deuxième cas équivaudra pour la femme à une autorisation ; seulement ce ne sera pas tant une autorisation d'accomplir l'acte en lui-même, — car elle a le droit de le passer, réserve faite des conditions imposées par la loi, — que d'agir (1).

CONCLUSION

Tels sont les principes posés par la Loi du 3 juillet 1915 pour subvenir aux nécessités créées par l'état de guerre, et permettre à la mère d'assurer, à défaut de son mari empêché par ces circonstances exceptionnelles, l'exercice de la puissance parentale et la protection des enfants ; principes qui, présentés comme des dérogations au droit commun, n'en sont pas en réalité, mais constituent au contraire une application toute naturelle de la règle fondamentale de l'article 374 du Code Civil. Comme nous l'avons vu précédemment, l'interprétation raisonnable de ce texte, et la recherche

(1) Il résulte de là que le principe de la spécialité, interprété si rigoureusement par la jurisprudence en matière d'autorisation, ne s'appliquera pas ici avec la même sévérité. Ainsi l'assentiment donné par la justice à la requête de la mère tendant à intenter une action au nom de l'enfant (par exemple pour un accident causé à celui-ci par la faute d'un tiers) — les formalités spéciales de procédure édictées pour la durée de la guerre étant mises de côté — devrait lui permettre de pouvoir suivre l'affaire en appel, sans qu'elle soit obligée de solliciter à nouveau le concours préalable de la justice.

de l'esprit et du but de l'institution qui nous occupe, conduisent à cette solution.

Aussi est-il regrettable que le législateur ait assigné à ces dispositions qui, bien que trop restrictives encore, n'en réalisent pas moins un progrès, un caractère purement occasionnel. Les motifs qui l'ont obligé à les prendre, ce ne sont pas les événements extraordinaires que nous subissons, ce sont les insuffisances, pleinement mises en lumière par les graves complications de l'heure, du système suivi par la pratique. La force des choses fut telle que la conception traditionnelle ne put résister : ses inconvénients, intensifiés par l'exagération des difficultés actuelles, imposèrent une réforme. Que les embarras particuliers qui l'ont fait éclore disparaissent, et le texte disparaîtra à son tour. Cependant, les gênes et les ennuis, un moment apaisés, renaîtront avec le cours ordinaire de la vie, moins grands et moins visibles sans doute, certains et réels quand même. La paix rétablie, la mère se retrouvera, en cas d'empêchement de son mari, dans la même impossibilité d'exercer l'autorité parentale qu'auparavant. Des faits qui en temps de guerre lui ont permis de diriger l'éducation de ses enfants, ne le lui permettront plus alors, malgré leur analogie ou même leur similitude avec les précédents.

Ainsi en a décidé le législateur, qui semble ne point s'être rendu compte que les insuffisances coutumières auxquelles il a voulu porter remède ne résultaient pas uniquement de la guerre, mais bien plutôt des aléas de l'existence, dont la situation présente de certains pères n'est qu'un exemple.

DEUXIÈME PARTIE

LA FEMME DANS LA SOCIÉTÉ

GÉNÉRALITÉS

Par le fait même qu'elle est mariée, il semblerait que la femme dût occuper une place importante dans la Société. Le Code, d'une part, ne nous dit-il pas que le mariage émancipe celui qui le contracte (art. 476) ? Et l'émancipation donne d'ordinaire à qui en est l'objet une initiative, un pouvoir, des droits qu'il n'avait pas auparavant. La vie, d'autre part, ne nous montre-t-elle pas que la femme qui a quitté le célibat pour fonder un ménage, voit s'ouvrir devant elle un champ d'activité nouveau, surgir des obligations qu'elle ignorait, s'élever des devoirs dont elle n'avait pas à prendre souci jadis ? La loi et les faits ont l'air de lui attribuer un rôle plus considérable que par le passé, et faire de son changement de condition la source d'une extension forcée de ses facultés et de ses fonctions.

Oui. Mais en même temps que le mariage la libère des entraves que pouvaient lui imposer, en droit, sa situation de mineure, en pratique, sa situation de fille de famille, il la soumet à une contrainte d'un autre genre. Déchargée de l'au-

torité, plus ou moins effective suivant son âge, que ses père et mère exerçaient sur elle, elle passe sous celle de son mari. Elle doit obéissance à son époux ; elle doit vivre près de lui comme elle était tenue de le faire autrefois près de ses parents (art. 213-214).

Nous avons vu les conséquences que ce principe de la suprématie maritale amène dans la famille et la place qu'il aboutit à y donner à la femme, soit au regard de son conjoint, soit au regard de ses enfants. En cette matière déjà, le mariage apparaît plus comme une subordination de la femme au mari, que comme une véritable union : l'épouse y est réduite à un rang inférieur et condamnée à une sorte de tutelle. Ce caractère se révèle aussi, et plus fortement encore, lorsqu'on envisage l'autre face de l'existence de la femme mariée : celle qui la met en présence des tiers et la conduit dans la Société. Ici aussi l'épouse s'offre à nous comme une sorte de mineure ; elle porte même une des marques essentielles de cette qualité : elle est incapable (art. 215-217-1124, C. Civ.).

Sans vouloir rechercher jusqu'à quel point cette similitude est fondée, ni sur quelle base repose l'incapacité de la femme mariée (le système du Code étant probablement une synthèse des deux tendances de l'ancien droit, celle du Droit coutumier pur, appuyée sur la notion de puissance maritale, et celle qu'implanta la Renaissance du Droit Romain, appuyée sur une idée de protection *propter infirmitatem sexus*), il en résulte que la femme ne peut accomplir seule la plupart des actes de la vie juridique : il lui faut une autorisation pour les passer (art. 215-217, C. civ.).

Qu'elle veuille traiter avec quelqu'un, intervenir en justice, en demandant ou en défendant, elle se trouve toujours arrêtée par son incapacité ; pour pouvoir agir, il lui est in-

dispensable d'obtenir le concours de l'autorité désignée par la loi : son mari normalement, le juge par exception (art. 215-217-218-219-221-222-224). Si elle négligeait de demander l'habilitation requise, l'acte qu'elle accomplirait serait dépourvu de toute solidité ; son mari, elle-même, leurs héritiers et créanciers respectifs auraient faculté de le faire tomber (art. 225 C. Civ.).

Nécessité pour l'épouse qui veut contracter ou plaider de se munir d'une autorisation, tel est le principe général. Il réduit singulièrement, comme l'on devine, le champ d'activité de la femme, que le mariage semblait devoir étendre au contraire. On voit tout de suite que ce régime a quelque chose de paradoxal : au moment où les besoins de cet être se développent, où ses occupations se multiplient, où ses interventions dans la société deviennent par conséquent plus impérieuses et plus nombreuses, on restreint sa faculté d'agir, on entrave son initiative personnelle, on le soumet à une dépendance continue. Nous ne parlons pas du sacrifice d'amour-propre qu'un tel système est de nature à imposer à celle qui prend conscience de son véritable état. Sans nous arrêter davantage à l'atteinte qu'une pareille organisation porte à la liberté de la femme, à la méconnaissance de sa volonté et de ses droits de personne qu'elle consacre, nous envisageons seulement la gêne qu'elle amène dans sa vie, les inconvénients qu'elle entraîne pour la bonne marche du ménage. Soumettre l'un des membres de celui-ci à une discipline aussi stricte — un membre surtout qui est destiné à user quotidiennement de pouvoirs qu'il ne possède pas en propre — c'est alourdir son action, c'est la retarder, pour le pire dommage de ce membre, et même de l'union. Aussi, il était indispensable, tant au point de vue moral qu'au point de vue économique, que des dérogations fussent permises au principe de l'incapacité. Le

Code lui-même, la législation postérieure et la jurisprudence sont venus tour à tour en autoriser.

Nous aurons à les examiner brièvement, pour nous rappeler la condition que le droit commun fait à l'épouse, spécialement lorsque son mari est éloigné d'elle. Ceci étant, nous verrons en quel état la Mobilisation a placé la femme à cet égard, et en quelle mesure le droit commun lui est ou non applicable. Ensuite, nous rechercherons quelle a été en cette matière l'œuvre de la jurisprudence, et sur quelles questions particulières l'intervention de l'épouse a fait principalement porter son effort. Pour le tout nous nous conformerons à la distinction coutumière et étudierons séparément contrats et procès.

TITRE I

LES CONTRATS

> Le juge... ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article ; il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux...La justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne.
>
> Ballot-Beaupré, Discours prononcé à l'occasion du Centenaire du Code Civil, *Le Temps*, 30 octobre 1904.

CHAPITRE PREMIER

SITUATION DE LA FEMME EN DROIT COMMUN, SPÉCIALEMENT AU CAS DE NON PRÉSENCE DE SON MARI

La femme a besoin d'une autorisation pour contracter (art. 217, C. Civ.) ; qu'il s'agisse d'actes de disposition, d'obligation, ou d'administration ; qu'il s'agisse d'actes relatifs au patrimoine, ou d'actes relatifs à la personne (exercice d'une profession, art. 4, C. com.).

C'est à son mari qu'elle doit demander cette habilitation, et celui-ci, pour la lui donner, ne dispose que de deux pro-

cédés : ou concourir à l'acte passé par sa femme, ou lui fournir son consentement par écrit (art. 217, C. civ.).

A ce principe que la femme doit, pour agir, se munir d'une autorisation, la réclamer à son mari, et l'obtenir dans des conditions formellement déterminées (art. 215 et 217), diverses atténuations ont été admises. Nous les passerons en revue sous ces trois chefs.

SECTION I

EXCEPTIONS A LA NÉCESSITÉ D'UNE AUTORISATION

Elles sont classiques et nous nous contenterons de les mentionner pour mémoire, uniquement pour présenter une vue d'ensemble du sujet.

Aux termes de l'article 220 du Code Civil, la femme commerçante peut s'obliger, sans autorisation, pour tout ce qui concerne son négoce (et il est permis de soutenir qu'il n'y a pas là une véritable exception, puisque la femme a eu besoin du consentement antérieur de son mari pour entreprendre ce commerce). Mais elle n'a pas la faculté de former une société avec un tiers, sans se conformer à la règle générale.

Selon les articles 1449 et 1576, la femme qui s'est réservé par contrat de mariage l'administration de tout ou partie de ses biens a capacité pour y pourvoir seule. (Mais elle ne pourrait pas plaider, même sur ces simples actes, sans autorisation (art. 215, C. civ.)). Nous ne parlons pas de la femme séparée de corps, et par là même de biens, qui, depuis la loi de 1893, reprend le plein exercice de sa capacité.

Il est reconnu également que la femme s'oblige par ses délits et quasi-délits (art. 1382 et suiv. du Code civil), par analogie avec la solution consacrée par l'article 1310 pour le mineur, — et qu'elle est tenue de même des obligations qui naissent de la loi, soit à raison d'un enrichissement sans cause (art. 1376 et 1377 du C. civ.), soit à raison d'une gestion d'affaires faite pour elle par un tiers (art. 1372 du C. civ.) ; — ces diverses chefs d'obligations reposant sur cette double idée que, d'une part, les incapables répondent de leurs délits et quasi-délits dès qu'ils ont le discernement de leurs actes, et que, d'autre part, l'équité exige qu'ils soient tenus de leurs dettes naturelles.

Deux autres exceptions apparaissent beaucoup plus importantes, parce qu'elles ont une portée plus générale, s'appliquant à toutes les femmes, et non plus seulement en des circonstances exceptionnelles, mais à chaque moment de leur vie. Elles ont été consacrées par la jurisprudence et le législateur : l'une résulte du mandat tacite qui est accordé à la femme pour assurer l'entretien journalier du ménage : l'autre dérive de la Loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage.

A. — Le Mandat Tacite

a) *Ce qu'il est.* — L'entretien du mari, de sa compagne et des enfants exige chaque jour la passation de nombreux actes juridiques. Pour nourrir, vêtir, assurer la subsistance et la santé de chacun d'eux et de tous, il est indispensable d'entrer en rapport avec les tiers. Or, seul, le mari, chef de l'association conjugale et son représentant, a qualité pour ce faire. Sa collaboratrice, soumise à son obéissance et de plus

frappée d'incapacité, n'a pas le pouvoir d'agir librement. Cependant ce maître, investi de tous les droits, sera bien souvent dans l'impossibilité d'en user, ses occupations le retenant la plus grande partie de la journée, et l'empêchant de pourvoir en personne aux cent menus actes de la vie quotidienne. Qui, dans le ménage, s'adonnerait alors à ce soin, sinon celle que la nature et les mœurs désignent tout spécialement pour ce rôle domestique. Malgré les lois, la pratique imposa ainsi sa solution. Restait alors à la justifier en droit. C'est pour y arriver que la jurisprudence, s'appuyant sur la tradition, a émis l'idée que ce pouvoir de la femme résulterait d'un mandat, mandat que son mari serait censé lui avoir confié pour assurer l'administration du foyer. Grâce à cette procuration générale, l'épouse sera à même de passer seule tous les actes qu'exigera l'existence commune, sans avoir besoin de solliciter aucune autorisation, puisqu'elle ne les passera plus en son nom, mais en celui de son mari : ce dernier demeure bien, selon le vœu du Code, chef de ménage.

Entendu de la sorte, ce pouvoir de l'épouse n'apparaît pas à proprement parler comme une exception à son incapacité, la femme traitant en fait pour le compte de son conjoint et non pour le sien, et un incapable pouvant être chargé d'un mandat (art. 1990, C. civ.). Néanmoins ce système aboutit à reconnaître à la femme une activité considérable en dehors des règles strictes et rigoureuses du Code.

Outre qu'un tel régime est de nature à faciliter la tâche du mari et à l'aider grandement dans l'exécution de ses devoirs, il permet à sa compagne, au cas où lui-même négligerait de subvenir à ses besoins, de se procurer le nécessaire pour vivre ; car si ce pouvoir lui a été accordé pour assurer l'entretien du ménage, elle le possède aussi pour obtenir son entretien personnel, celui-ci n'étant d'ailleurs qu'un des éléments

de celui-là. Le mari étant engagé par les dettes que sa femme contracte dans ce but, il en résulte que cette dernière dispose ainsi d'un moyen de contrainte énergique et de la faculté de satisfaire elle-même à son existence. C'est là pour elle, incapable soumise à obéissance et obligée presque de se contenter du sort que lui fait son époux, une ressource précieuse. Toutefois, tant que dure la vie commune, c'est un avantage qui demeure restreint, car le mari présent peut régler les dépenses comme il l'entend et défendre à sa compagne d'en exposer au delà du taux qu'il détermine ; pour ne pas briser le foyer, l'épouse est bien forcée d'obtempérer à ses prescriptions. Mais elle ne sera plus arrêtée par cette crainte si la coexistence a cessé. En ce cas, et dans l'hypothèse où son conjoint ne lui fournirait pas de quoi vivre, la femme jouit-elle encore du bénéfice du mandat tacite pour se procurer directement elle-même la subsistance ? En d'autres termes et plus généralement, le mandat tacite persiste-t-il quand les époux ne se trouvent plus ensemble sous le même toit, et qu'ils mènent chacun une vie propre ?

b) *Sort du Mandat tacite en cas de non présence du mari.* — C'est en cette circonstance que le mandat tacite serait susceptible de rendre le plus de service à la femme, parce que c'est en un tel moment surtout qu'elle aurait avantage, à défaut de disponibilités offertes par son conjoint, à se servir du crédit dont celui-ci est investi. L'utilité sociale militerait donc en faveur de son maintien.

D'autre part, en raison, comme le pouvoir de l'épouse repose sur un mandat, c'est-à-dire sur une concession du mari, il ne devrait subsister qu'autant que la volonté qui le fonde subsiste elle-même. Si l'époux déclare la révoquer ou si les circonstances font apparaître que telle est son intention, il faudrait se conformer à ces indications : un mandat, contrat

qui exige pour exister le consentement des deux parties en cause, ne saurait continuer à vivre après que le mandant a retiré le sien. Seulement voilà alors la solution logique en contradiction avec celle que réclame la pratique !

C'est pourquoi, selon qu'ils s'attachaient à l'un ou à l'autre de ces points de vue, les auteurs se sont divisés sur la question.

Tout d'abord il est un cas où tous s'entendent ; lorsque le mari est absent, c'est-à-dire non présent, soit qu'il se trouve en voyage pour son agrément ou ses affaires, soit qu'il se trouve retenu loin des siens pour des raisons professionnelles ou de santé, la doctrine est unanime à admettre que le mandat tacite subsiste (1).

C'est là une solution qui semble justifiée, à condition cependant que l'absence du mari ne soit que relative, de courte durée, momentanée comme dit Laurent (2). En pareille circonstance, en effet, on peut accepter, à raison de la nature temporaire de l'éloignement, qu'il n'y a pas de séparation entre les époux, et que leur vie commune continue. Dès lors il est permis de présumer que le mari n'a pas songé en partant, et pour la période où il ne serait pas là, à révoquer le mandat et à retirer à sa femme les pouvoirs dont elle dispose normalement. Les faits montrent de façon sûre quelle est la volonté probable du mari : la recherche de son intention n'offre aucun danger. D'autant plus que, toujours à raison du carac-

(1) V. en ce sens : Aubry et Rau, 5e édit., t. VIII, § 509, texte et note 54, p. 123 ; Baudry-Lacantinerie et Surville, *Du Contrat de Mariage*, t. I, N° 500 ; Guillouard, *Contrat de Mariage*, t. II, N° 871 ; Huc, t. IX, N° 152 ; Touillier, t. XII, N° 272. — *Adde* Dall., *Rep.*, V° *Contrat de Mariage*, N° 1007 ; notamment un arrêt de Rennes du 26 août 1820, où le mari s'était tenu éloigné de sa femme pendant plusieurs années. Dall., *Suppl.*, *eo.* V° N° 332.

(2) V. Laurent, t. III, N° 57.

tère momentané de l'éloignement, l'époux n'a pas à craindre d'abus de la part de sa compagne. Le temps pour en commettre lui manquerait.

La jurisprudence se décide aussi en ce sens, et va même plus loin. Elle maintient le mandat tacite alors même que l'absence du mari est d'une durée prolongée et aboutit en réalité à créer une séparation de fait entre les conjoints : ainsi au cas où le mari est retenu au loin par un voyage au long cours ou l'exercice de ses fonctions (1). De telles solutions sont peut-être bien osées : un voyage au long cours, l'exercice de fonctions vont obliger le chef du ménage à rester des mois, des années peut-être, hors de son foyer : dire que pendant tout ce temps la femme pourra, parce qu'il est probable que telle est l'intention de son époux, régler les dépenses à sa guise, et engager ce dernier comme il lui plaît, c'est émettre un pronostic singulièrement audacieux. Si le mari n'a pas remis à sa compagne certaine quantité d'argent, ou s'il ne la lui envoie point, n'est-ce pas au contraire qu'il entend ordonner lui-même le train de vie ? Sinon, supposer qu'il a voulu laisser sa femme le réglementer à son gré, c'est l'exposer à trouver à son retour toute une série de dettes que, présent, il n'eut pas autorisées. Certes, au cas où elles sembleraient excessives par rapport à la condition et à la fortune du ménage le mari serait en droit de les faire réduire. Seulement il est possible que l'excès provienne non de leur montant, mais de leur nombre. En cette hypothèse on ne peut rien reprocher aux tiers et leurs droits ne sauraient leur être enlevés. Au surplus nous savons trop, pour avoir pu le cons-

(1) En ce sens : Bordeaux, 29 mars 1838 ; D. *Rép.* V° *Contrat de Mariage*, N° 1008-3 ; Civ. 17 décembre 1901, D. 1903.1.153. En ce sens aussi : Rennes, 20 août 1820 précité. En ce cas il y avait une véritable séparation entre les époux.

tater personnellement, combien sont fréquents dans les gazettes des ports maritimes les avis de marins prévenant le public, à l'heure de leur départ, qu'ils ne payeront pas les dettes qu'assumerait leur femme, pour ne pas penser que la présomption de la jurisprudence est contraire aux faits.

Ainsi donc la recherche de l'intention du mari est susceptible de conduire à un résultat opposé à celui consacré par les tribunaux. Sans doute ceux-ci ont-ils obéi à un mobile très équitable et que nous approuvons entièrement : assurer la subsistance de la femme malgré l'éloignement de son conjoint (1). Mais en invoquant à ce sujet la notion d'un mandat tacite, ils ne donnent pas de leur opinion une explication rationnelle ni juridique (2). Aussi les juges, pour

(1) En ce sens même ils ont donné au mandat tacite de la femme dont le mari est absent une étendue qu'il n'a pas lorsque le chef du ménage est présent : ainsi ce dernier étant dans l'impossibilité de pourvoir à certains besoins familiaux, ils ont reconnu à la femme le droit de louer un appartement. V. Bordeaux, 29 mars 1838 précité.

(2) Comme nous avons déjà tenté de le démontrer, il y aurait selon nous un autre moyen d'assurer la sauvegarde de la femme. Si la jurisprudence se rendait aux vraies nécessités de la pratique, et renonçait, devant les besoins de la vie, au préjugé de la toute puissance maritale, elle accorderait à la femme le droit de réclamer une pension alimentaire durant le mariage. Et alors que l'on refuse au mari le droit de se décharger des obligations contractées par sa femme en prouvant qu'il lui a toujours remis les sommes nécessaires pour subvenir à ses dépenses, on admet qu'il en est autrement lorsqu'il lui versait une pension alimentaire, dans les cas où celle-ci peut actuellement intervenir. Cf. Aubry et Rau, 5e édit., t. VIII, § 509, p. 122-123 ; Baudry et Surville, t. I, N° 500 ; Guillouard, t. II, N° 870-871 ; Huc, t. IX, N° 152 ; Toullier, t. XII, N° 271 et 272.

Au cas où le mari verse à sa femme une pension nettement déterminée, on considère qu'il s'acquitte par là de l'obligation d'entretien que lui impose l'article 214. La femme est munie ainsi de ce qui lui est nécessaire pour vivre. Elle ne peut plus recourir au mandat tacite. Lorsqu'elle contracte, elle s'engage personnellement, tout au moins jusqu'à concurrence du montant de la pension, le versement du mari valant, dans ces limites, autorisation de passer les actes. C'est une sorte de concours que

mieux asseoir leur système, ont-ils abandonné cette idée, difficilement soutenable, et ont-ils recouru, comme nous allons le voir en étudiant la séparation de fait, à un autre principe : ils ont fait découler le pouvoir de l'épouse de l'obligation alimentaire du mari, et l'ont établie comme le corollaire forcé de cette dernière : le mari étant tenu de fournir des aliments à sa compagne, celle-ci doit avoir le moyen de se les procurer. C'est là changer l'aspect du pouvoir de la femme et lui donner un autre fondement : la loi au lieu de la volonté de son époux.

Certains auteurs ont, en effet, en cas de séparation de fait, auquel nous arrivons maintenant, adopté semblable doctrine. Ils se fondent sur l'origine du mandat tacite, fiction imaginée uniquement pour permettre au mari de s'acquitter sans mal de l'obligation alimentaire qui pèse sur lui. Or cette charge découlant du mariage, et non de la vie commune, et la séparation de fait qui intervient entre les époux ne rompant pas leur lien conjugal, le mari ne demeurera pas moins tenu, malgré cette modification de leur existence, de fournir à sa femme tout ce dont elle a besoin pour vivre : dès lors le moyen de réaliser son obligation subsistera comme celle-ci : le mandat tacite survit à la séparation. Il n'en serait autrement que dans les hypothèses où la rupture de la vie commune amènerait la cessation de l'obligation alimentaire de l'époux, c'est-à-dire aux cas où la dissociation serait due à la faute de sa compagne (1).

lui prête son époux, puisqu'il met à sa disposition les sommes qu'il détient lui-même, et qui, il le sait, lui permettront de traiter avec les tiers. C'est même pour cela qu'il les lui donne.

(1) V. en ce sens : Aubry et Rau, *op. cit.*, §. 509, p. 122 ; Guillouard, *op. cit.*, N° 868 et 869 ; Huc, *op. cit.*, N° 154 ; Marcadé, t. V, art. 1420, II ; Dall., *Rep.*, V° *Contrat de Mariage*, N° 1010 à 1015, et *Suppl.*, *eo.* V° N° 336. — A la faute de la femme est assimilé le cas où le

On est bien forcé de reconnaître qu'une telle solution repose beaucoup plus sur des motifs d'équité que sur des raisons de droit. On veut assurer la protection de la femme, et on y arrive. Mais, pour ce faire, on oublie le principe même sur lequel on prétend s'appuyer. A la rigueur on peut admettre, en face d'une séparation amiable, que le mari a voulu laisser à sa femme faculté de l'obliger — et encore c'est bien douteux: une personne qui ne s'entend plus avec une autre et se résout à s'éloigner d'elle va-t-elle l'autoriser à la charger de dettes ? C'est peu probable. En tout cas, dans l'occurrence où la séparation résulte du fait du mari qui contraint par son attitude, sa conduite ou sa volonté, sa femme à quitter le domicile conjugal, une telle supposition n'est plus permise. Evidemment le mari est, nonobstant cette circonstance nouvelle, tenu d'alimenter son épouse ; la loi le lui impose; seulement elle lui laisse l'appréciation du quantum. L'astreindre à s'en rapporter sur ce point à sa femme, c'est méconnaître les textes d'abord, c'est méconnaître la volonté du mari, et par dessus tout l'institution du mandat.

Voilà pourquoi d'autres auteurs ont été amenés à décider que la séparation faisait cesser le mandat tacite (1). La rigueur des principes juridiques les a seule entraînés à adopter ce parti. Mais pour se refuser à accepter en l'espèce la présomption du mandat tacite, ils n'en songent pas moins à assurer l'existence de l'épouse séparée, à lui procurer le

mari lui sert une pension alimentaire. En une telle hypothèse, l'épouse ne pourrait pas se prévaloir du mandat tacite, puisque son conjoint satisfait autrement à son obligation. V. les auteurs précités.

(1) En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Surville, *op. cit.*, N° 504 et 505 ; Colin et Capitant, t. I, p. 626 ; Laurent, t. II, N° 109 ; Toullier, *op. cit.*, N° 272 — qui décide en outre que ces dettes sont personnelles à la femme. — Cf. Planiol, 6e édit., t. I, N° 958, et t. III, N° 1462 *bis*. *Adde* Morizot-Thibault, *De l'Autorité Maritale*, p. 199.

moyen de vivre, et pour cela, du crédit. La femme ayant une créance d'aliments envers son mari, ceux avec qui elle a dû contracter pour acquérir le nécessaire, et qui sont par là même devenus ses créanciers, pourront exercer de son chef l'action qu'elle possède à l'encontre de son conjoint. Ce n'est là qu'une application du principe de l'article 1166 : action oblique (1).

D'autre part, ceux qui ont fourni à l'épouse la subsistance et l'entretien, dont le mari demeure tenu, ont procuré de la sorte un profit indirect à celui-ci ; ils ont effectué des débours dont il a la charge et qu'il aurait dû faire personnellement. Certes il n'y a peut-être pas quasi-contrat de gestion d'affaire, parce que ces fournisseurs n'ont pas eu l'intention, en vendant à la femme, de faire l'affaire du mari, et n'y ont même pas songé. Cependant ils lui ont épargné une dépense que la loi l'oblige à consentir ; par là, peut-on dire, ils lui ont assuré un enrichissement indirect, dont ils n'avaient aucune raison de le gratifier. Dès lors ils auront contre lui, pour obtenir leur dédommagement, une action de *in rem verso* (2).

Quant à la jurisprudence, se fondant dans la majorité des cas, comme nous l'avons dit, sur cette idée que le mandat tacite est un procédé de réalisation de l'obligation alimentaire (3), elle admet qu'il dure aussi longtemps que cette

(1) En ce sens : Baudry et Surville ; Laurent, *op.* et *loc. cit.*

(2) En ce sens : Baudry-Lacantinerie-Le Courtois et Surville, Laurent, *op.* et *loc. cit.*

Toutefois, comme nous l'avons déjà fait remarquer, si le mari servait à sa femme une pension alimentaire, il ne serait plus tenu ni de l'action oblique, ni de l'action de *in rem verso*, parce qu'alors il n'aurait plus de dette envers elle : par suite l'obligation contractée par la femme envers le tiers ne l'aurait pas déchargé de la sienne propre et ne lui aurait été d'aucun profit. En ce sens : Baudry-Lecourtois et Surville, *op. cit.*, N° 504.

(3) V. en ce sens : Paris, 17 juin 1899, D. 1900.2.106. Cf. Aftalion, *op. cit.*, p. 99 et 105.

charge, c'est-à-dire aussi longtemps que subsiste le lien conjugal : donc la séparation de fait n'a aucune influence sur le pouvoir de la femme ; après sa survenance comme avant celle-ci en demeure investie. Réserve faite, bien entendu, de l'hypothèse où la séparation serait due à la faute de l'épouse : en une telle conjoncture cette dernière, n'ayant plus droit à des aliments, ne pourrait plus prétendre au bénéfice du mandat tacite (1).

La solution jurisprudentielle est heureuse évidemment, tant au point de vue de la femme que des tiers avec qui elle a contracté. La femme que les circonstances obligent à vivre seule est certaine de trouver du crédit. Les tiers, de leur côté, pourvu qu'ils montrent quelque perspicacité et s'inquiètent des conditions dans lesquelles cette séparation est intervenue et se maintient, seront sûrs de retrouver la valeur de leurs fournitures ; s'ils ne s'étaient pas souciés des contingences, ils ne pourraient se plaindre de la perte qu'ils subiraient : ils supporteraient les conséquences de leur imprudence. Toutefois, c'est une solution qui n'est pas en harmonie avec les principes de l'institution qu'elle invoque ; elle les dépasse et les déforme. Dire que la femme, parce qu'elle est mariée, a droit à des aliments, peut traiter avec les tiers pour se les procurer, même en cas d'éloignement de son conjoint sans faute de sa part, et par suite obliger celui-ci, quelle que soit sa volonté, c'est lui reconnaître non pas les pouvoirs d'un mandataire, mais un pouvoir propre : et cela est

(1) Sur tous ces points : V. Paris, 19 juillet 1823, Dal., *Rép.*, V° *Contrat de Mariage*, N° 1012 ; Trib. de Versailles, 13 juillet 1873, D. 75.2.41 ; Dijon, 13 novembre 1895, D. 96.2.133 ; Paris, 9 décembre 1895, D. 96.2.134 ; Paris 5 janvier 1904, D. 1905.2.249 et la note BINET ; *Req.*, 8 novembre 1905, D. 1906.1.144 ; Bordeaux, 17 décembre 1913, *Gaz. des Trib.*, 10 août 1914. — Cf. MORIZOT-THIBAULT, p. 200-202.

décidé sans texte, mieux, à l'encontre de certains (1).

Nous croyons donc que si la théorie du mandat tacite ne constitue pas par elle-même une dérogation au principe de

(1) Le Code civil espagnol de 1889, plus prévoyant que le nôtre, consacre en termes exprès le pouvoir de la femme d'assurer l'entretien du ménage. Son article 62 déclare que les achats faits par la femme sans autorisation de son mari sont valables s'ils sont destinés à l'entretien ordinaire de la famille. Il semble, d'autre part, d'après l'esprit de la législation espagnole, que ce mandat doive subsister en cas de séparation de fait des époux : l'article 183 décide, en effet, que l'époux absent est représenté par l'époux présent, s'ils ne sont pas légalement séparés. Il s'agit là de la présomption d'absence. Dès lors si la femme a en cette période le pouvoir général de représentation, il n'est pas téméraire de supposer qu'en cas de séparation de fait, elle conserve le droit, qui lui est reconnu, de faire seule les achats nécessaires à la subsistance de la famille, les besoins de celle-ci ne cessant pas avec le départ du mari. Ce serait une solution favorable à la femme et, en somme, conforme à la logique, la base de ce pouvoir étant ici la loi et non plus seulement la volonté du mari. Relevée en cette matière de son incapacité, l'épouse doit garder son droit même hors de la présence de son mari. Cf. sur la question du mandat tacite, Lehr, *Eléments de Droit civil espagnol*, t. I, N° 122, quoique antérieur au Code de 1889.

Le Code civil allemand a pris soin également de prévoir cette question. L'article 1356 déclare que la femme a le droit et le devoir de diriger le ménage commun. Ce texte joint à l'article 1357, al. 1, qui lui reconnaît aussi le droit, dans la sphère de son action domestique, de prendre soin des affaires du mari et de le représenter, et qui spécifie que les actes accomplis par elle en cette qualité seront censés faits au nom du mari, à moins que le contraire ne résulte des circonstances, — consacre au profit de la femme un mandat légal pour la gestion du ménage.

Les interprètes ne sont pas d'accord sur le point de savoir si en cas de cessation de la vie commune, le mandat continue ou prend fin. Cf. à ce sujet : Léon Lyon-Caen, *La Femme Mariée Allemande, Thèse*, Paris, 1901, p. 104 à 117 et spécialement p. 112 ; Binet, *La Femme dans le Ménage, Thèse*, Nancy, 1904, p. 177 à 180.

Cette controverse se conçoit. L'article 1357, al. 1, ne confère pas à la femme un pouvoir propre : il ne dit pas qu'elle pourra faire elle-même ces actes valablement et sans aucune autorisation : il la rend, dans cette sphère, la mandataire présumée du mari. Or il est naturel de penser qu'en cas de séparation de fait l'intention du mari change et que celui-ci n'entend plus alors donner à sa femme le pouvoir de le représenter. Le régime du Code, établi pour répondre aux circonstances normales, et y

l'incapacité de la femme mariée, elle aboutit à en créer une : les faits ont dépassé le droit.

devenant contraire, doit désormais cesser de s'appliquer. Ce serait en somme, malgré le caractère légal attribué à ce mandat, l'ancienne conception germanique du mandat conventionnel et tacite qui l'emporterait. Mais à un autre point de vue il n'en est pas moins équitable de décider que la femme non responsable de la séparation ne sera pas privée du pouvoir qui lui fournit du crédit, car ses besoins domestiques, s'ils diminuent par suite du départ de son mari, ne disparaissent pas. En se basant sur cette idée, on arrive à un système de distinction voisin de celui de notre jurisprudence. Cf. BINET, p. 179-180.

Enfin, le Code fédéral suisse est venu à son tour réglementer cette matière. Dépassant le précédent, il a accordé à la femme, non plus un mandat, mais un pouvoir propre. Les articles 161 et 163 décident que la femme dirige le ménage et qu'elle représente l'union conjugale pour les besoins courants. Il ne s'agit donc plus ici d'une représentation du mari, chef de l'association, mais de celle-ci même. C'est bien cette fois un droit personnel à la femme. Dès lors qu'il s'agit d'un pouvoir propre, la femme doit le conserver en cas de séparation de fait. Cependant l'article 170 du Code soulève à ce sujet un embarras. Ce texte déclare qu'en cas de suspension justifiée de la vie commune, l'un des époux peut, pour assurer son entretien, solliciter l'intervention de la justice et réclamer à l'autre une pension alimentaire. Reconnaître à la femme le droit à pension alimentaire en cas de séparation, n'est-ce pas indiquer que le pouvoir propre ne subsiste plus ; l'épouse ne saurait à la fois obliger le mari par ses dépenses (art. 206) et recevoir de lui des subsides. Sans doute. Néanmoins il est permis de concevoir que cette faculté d'obtenir une pension ne soit pas une preuve de la disparition du pouvoir propre. Celui-ci, en effet, suppose pour son exercice que le mari ait du crédit ; s'il n'en a pas, le droit de la femme restera lettre morte. Par suite elle aura beau demeurer investie de ce pouvoir, elle n'en retirera plus aucun avantage : pour vivre il lui faut s'assurer des ressources. Aussi on comprend qu'on ait voulu procurer à la femme de quoi subsister, sans songer pour cela à lui retirer son droit personnel.

Par ces exemples, nous voyons que la condition faite à ce point de vue par la jurisprudence française à la femme, est aussi et même plus avantageuse que celle que lui réservent les législations étrangères. Et elle est arrivée à ce résultat sans texte, par un effort personnel et prétorien. Certes ce fut au dépens de la logique et au mépris de certains principes ; mais en définitive la femme française bénéficie grâce à elle d'une situation égale ou supérieure à celle de la plupart de ses sœurs étrangères.

B. — La Loi du 13 juillet 1907

Exception véritable cette fois est celle qu'est venue établir la loi du 13 juillet 1907. En vertu de son article 1er, la femme a pleine capacité sur les produits de son travail. Elle peut les recevoir, les employer, en disposer sans aucune autorisation, ni de son mari, ni de justice ; et elle jouit des mêmes droits vis-à-vis des économies que son labeur distinct a pu lui procurer : elle les utilise à son gré, elle acquiert des valeurs mobilières ou immobilières, et elle aliène les unes et les autres à titre onéreux, le tout également sans aucune autorisation (1). C'est bien là une brèche à son incapacité : on la relève de la nécessité d'obtenir le concours de son mari : elle agira seule, non plus seulement comme une femme séparée de biens, ainsi que dit le texte, mais plutôt comme une femme séparée de corps (seules les aliénations à titre gratuit lui sont défendues). Brèche limitée toutefois, puisque seule la femme qui exerce une profession, et une profession distincte de celle de son mari, est en droit de profiter de ce régime ; et que celle-là encore n'en bénéficie que pour les biens issus de son travail. Ce n'en est pas moins une concession importante et une amélioration sensible de sa condition.

D'autre part, c'est un régime dont toute femme travailleuse doit jouir, quelle que soit sa situation dans le ménage, qu'elle vive en commun avec son mari ou en état de séparation de fait. Puisqu'on applique en toute hypothèse (2)

(1) V. Aubry et Rau, t. VIII, § 509 *d*, p. 127 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, N° 553-4, t. III, N° 250-3 et 6 ; Colin et Capitant, t. I, p. 622 et suiv., t. III, p. 144 et suiv ; Planiol, t. I, N° 948, t. III, N° 1045 et suiv. ; Lalou, *op. cit.*, N° 40 et 41, p. 105-107.

(2) V. à ce sujet les références données, p. 137.

le système de contribution organisé par l'article 7, il faut logiquement en faire autant pour le principe de capacité posé par l'article 1er. D'ailleurs c'est au cas d'une séparation de fait plus qu'en tout autre que la loi montrera son avantage. C'est en une telle circonstance, en effet, que la femme aura surtout besoin d'une indépendance de droit correspondant à l'indépendance de fait, d'un pouvoir propre la délivrant de toute nécessité d'autorisation. D'autant plus que ce pouvoir propre lui servira de prime abord à assurer sa subsistance et son entretien, et que son salaire est tout désigné pour satisfaire à ce dessein. Enfin le but de la loi elle-même, qui a été de garantir à la femme travailleuse une situation libre et digne, en rapport avec son effort et son mérite, dégagée de toute soumission au mari, serait méconnu si l'on ne maintenait pas les droits de l'épouse en cas de séparation de fait (1). Donc nous sommes autorisés, croyons-nous, à poser le principe suivant : la femme mariée, qu'elle vive près de son mari ou loin de lui, a capacité pour administrer et aliéner seule les ressources que lui a procurées son activité professionnelle.

De toutes les dérogations apportées à la règle de l'incapacité, celle que consacre la loi de 1907 est la seule qui puisse vraiment porter ce nom : c'est un véritable rejet du concept traditionnel et coutumier (2) ; les autres ne sont que des

(1) On pourrait objecter : l'article 2 nous dit que la femme ne possède ces pouvoirs que dans l'intérêt du ménage, et, en cas de séparation de fait, il n'y a plus de ménage. Peut-être. Mais l'article 7 nous montre que par intérêt du ménage, il faut entendre avant tout l'intérêt de chaque époux à pourvoir à son entretien personnel (Cf. art. 2 et 7).

(2) Encore pourrait-on soutenir ici, comme pour la femme commerçante, que la dérogation est plus apparente que réelle, étant donné que la femme ne peut entreprendre une profession qu'avec l'autorisation du mari. Mais c'est une autorisation qui, à son tour, sera souvent plus apparente que réelle, vu qu'elle résultera uniquement de la non opposition

correctifs plus ou moins limités et plus ou moins déguisés.

***

L'habilitation à faire le commerce, la réserve par contrat de mariage de l'administration de certains biens, le mandat tacite, et l'exercice d'une profession séparée, telles sont les diverses atténuations que le Code, la jurisprudence et la législation contemporaine ont admises à la règle coutumière de l'incapacité. Sans doute, il faut le reconnaître, elles donnent déjà à la femme un domaine d'action appréciable (1).

du conjoint. D'autre part, au cas de séparation de fait, la jurisprudence admet la femme à s'adonner à un métier quelconque sans aucune espèce d'autorisation. En ce sens : Paris, 24 octobre 1912, D. 1915.2.41.

(1) Il est encore d'autres exceptions à la règle que la femme ne peut s'obliger sans autorisation. Nous ne ferons que les citer. La femme s'oblige par ses délits et quasi délits (par analogie avec art. 1310 ; un incapable doit pouvoir s'obliger dès qu'il a le discernement de ses actes) ; par les obligations qui naissent de la loi (obligation résultant d'un enrichissement sans cause ou d'une gestion d'affaires effectuée pour elle par un tiers). Nous l'avons déjà dit. D'autre part, par dérogation au principe de son incapacité générale, elle peut seule : faire un testament et le révoquer (art. 226 C. civ.) ; révoquer une donation faite par elle à son mari (art. 1096, C. civ.) ; accepter une donation faite à son enfant mineur (art. 935, C. civ.) ; reconnaître un enfant naturel né avant son mariage d'un autre que son conjoint (art. 337 C. civ.). Nous citerons encore, pour donner en un bref raccourci une vue d'ensemble de sa situation, diverses lois qui sont venues l'affranchir de la tutelle traditionnelle : les lois du 9 avril 1881, art. 6, et du 20 juillet 1895, art. 15, qui l'autorisent à se faire ouvrir un livret à la Caisse d'épargne, à y effectuer des versements et à les retirer, le tout sans autorisation, sauf le droit du mari de former opposition (en principe elle fait ces versements comme mandataire du mari ; mais en pratique, comme le mari ne peut s'opposer à leur accomplissement, elle agit en vertu d'une sorte de pouvoir propre) ; la loi du 20 juillet 1886, art. 13, qui lui donne faculté d'opérer des versements à la Caisse des retraites pour la vieillesse, sans autorisation et sans plus reconnaître ici au mari le même droit d'opposition que précédemment ; la loi du 1er avril 1898, art. 3, qui lui permet de s'affilier librement à une société

Malheureusement celui-ci est encore trop restreint pour lui garantir une situation en rapport avec la condition que le mariage lui attribue : elle devrait être une associée ; elle n'est encore qu'une subordonnée. Dans le cercle où elle se meut chaque jour et où elle exerce sa fonction naturelle et sociale, elle ne tient son principe d'action que d'une concession arbitraire et fictive de son mari ; de droit personnel, elle n'en a point.

SECTION II

EXCEPTIONS A LA NÉCESSITÉ D'UNE AUTORISATION ÉMANANT DU MARI

En principe, c'est à son mari que la femme doit demander l'autorisation qui lui est nécessaire pour agir. Exigence bien compréhensible, puisque, en droit, c'est lui qui a autorité sur elle, et que l'incapacité de l'épouse repose en partie tout au moins sur la puissance de son conjoint ; puisque, en fait, c'est lui qui se trouve, en temps ordinaire, le plus près d'elle, et, en conséquence, le plus apte à lui conférer l'habilitation requise.

Mais la femme ne sera pas toujours à même d'obtenir le concours de son mari. Diverses circonstances pourront l'en

de secours mutuels (Cf. AFTALION, *op. cit.*, p. 108 à 119, et le renvoi à l'ouvrage de cet auteur : *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée. Thèse*, Paris, 1898) ; la loi du 12 juillet 1909, art. 3, qui permet à la femme de constituer, sans aucune autorisation, un bien de famille, sur les biens dont elle a l'administration.

La femme peut, en outre, accomplir tous les actes conservatoires de ses biens, et régler les conditions de ses funérailles, selon la loi du 10 novembre 1887 et le décret du 27 avril 1889.

empêcher. Il en sera ainsi, notamment, si son conjoint, mettant en œuvre sa qualité de chef et les prérogatives qu'elle lui confère, refuse son consentement à l'acte projeté. Le Code n'a pas voulu que le pouvoir du maître du ménage se transformât en une tyrannie ; et il a donné à la femme, en pareille occurrence, faculté de demander à la justice l'autorisation que son mari lui refuse (art. 218-219 C. Civ.). Le juge appréciera la valeur de l'opposition de l'époux, et, selon son opinion, accédera ou non au désir de la requérante. De même la femme devra s'adresser à la justice au cas où son mari a été frappé d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante, tant que dure sa détention (art. 221, C. civ.). Enfin il en sera encore ainsi, et la femme sera obligée de faire appel à la même autorité, lorsque son mari sera mineur (art. 224), interdit ou absent (art. 222).

Cette dernière hypothèse nous amène à nous demander ce qu'il en sera dans un cas voisin, qui intéresse notre sujet, et que le Code n'a pas prévu. *Quid juris* au cas où le mari est, non pas absent au sens juridique du mot, c'est-à-dire en déclaration ou même en présomption d'absence (art. 863 du C. de Procéd.), mais absent au sens courant du terme, c'est-à-dire non présent ? Il a quitté son foyer pour ses affaires ou son agrément ; il est retenu au loin par l'exercice de sa profession ou la survenance d'un événement quelconque. Si sa femme a besoin pendant ce temps de contracter, comment fera-t-elle ?

Dans la doctrine deux courants sont nés sur ce point. Les uns estiment que si l'article 222 du Code civil a laissé la question en suspens, l'article 863 du Code de procédure est venu la résoudre, et la résoudre dans un sens négatif. « Dans le cas de l'absence présumée du mari, dit ce texte, ou lorsqu'elle aura été déclarée », la femme pourra se faire autoriser par jus-

tice. Dès lors, en conclut-on, le législateur a précisé ce qu'il entend par absence : il s'agit ici de l'absence technique, sous les deux aspects qu'elle peut revêtir. La non présence n'a pas été prévue ; elle reste donc soumise au droit commun : elle ne dispense pas la femme de l'autorisation maritale : en conséquence l'épouse, placée en une telle situation devra, pour agir, ou attendre le retour de son conjoint ou lui demander son consentement par lettre (1). D'autant plus qu'en semblable conjoncture, le mari ne donnant lieu à aucune incertitude quant à son existence, il faut respecter son autorité (2).

D'autres auteurs, au contraire, considérant l'article 222 en lui-même, et ses termes généraux, qui permettent une interprétation extensive si les besoins de la pratique en réclament une, décident que la non présence peut ouvrir droit, comme l'absence elle-même, à une autorisation judiciaire (3). Ils invoquent à leur appui l'autorité de Pothier qui soutenait déjà cette opinion (4), des passages des travaux préparatoires du Code qui montrent certains rédacteurs animés du même esprit (5) ; ils avancent enfin des considérations d'utilité pratique : il ne faut pas que l'éloignement du mari mette la

(1) V. en ce sens : Baudry-Lacantinerie, 10e édit., t. I, N° 561-4° ; Laurent, t. III, N° 127, p. 164 et suiv. ; Marcadé, 6e édit., art. 222, t. I, p. 595. — *Adde* Aubry et Rau, 5e édit., t. VII, § 472, note 39, p. 241.

(2) Laurent, *op.* et *loc. cit.*; Beudant, *L'Etat et la Capacité des Personnes*, t. I, p. 464.

(3) En ce sens : Colin et Capitant, t. I, p. 631 ; Demolombe, t. IV, N° 214, p. 264-265, et t. II, N° 266, p. 364-365 ; Duranton, t. II, N° 506 ; Planiol, t. I, N° 963 ; Toullier, t. II, N° 651. — *Adde* Demante, 3e édit., t. I, N° 310 *bis*, p. 466.

(4) Pothier, *Traité de la Puissance Maritale*, N° 12 : « Comme un mari pourrait... être trop éloigné pour donner cette autorisation aussi promptement que le cas l'exige, nos coutumes ont pourvu à cela, en permettant en ce cas à la femme de se faire autoriser par le juge... »

(5) Cf. Locré, t. IV, p. 399-400, N° 40.

femme dans l'impossibilité de faire un acte urgent et nécessaire (1).

Quant à la jurisprudence, adoptant sur ce point l'interprétation restrictive et littérale, elle préfère décider, en général, que la femme dont le mari est non présent n'en doit pas moins solliciter l'autorisation de celui-ci, et que ce n'est qu'au cas de refus et de silence de sa part qu'il lui est permis de recourir à la justice selon les formes des articles 861 et 862 du Code de Procédure (2).

Des deux systèmes ainsi opposés lequel nous semble le meilleur ? Pensant toujours que le Droit n'est pas une science purement spéculative, que ses principes n'ont pas été posés pour eux-mêmes, et que dès lors sa méthode d'interprétation ne saurait consister à faire appel uniquement au concours de la raison et de la logique ; qu'au contraire il est une science positive, élaborée pour régler la vie des hommes en société, et destinée avant tout à pourvoir aux nécessités que l'existence leur impose, nous nous demanderons, pour nous décider, non pas ce que le seul rapprochement des textes indique, mais ce que les besoins de la pratique réclament. Si nous examinons la question de ce point de vue, nous voyons

(1) En ce sens : notamment DEMOLOMBE, *op.* et *loc. cit.*

(2) V. en ce sens : Colmar, 31 juillet 1810, Dall., *Rép.* V° *Mariage*, N° 870-2 ; *Req.*, 15 mars 1837, Dall., *op.* et *loc. cit.*, 3. Il est à remarquer que dans ces deux espèces, qui sont significatives, le mari était absent de fait depuis plusieurs années, et que dans la première il l'était pour cause de guerre. Si on songe aux moyens de communication qui devaient exister en 1810, on ne peut s'empêcher de constater que la jurisprudence s'était montrée d'une rigueur excessive, et avait oublié l'intérêt de la pratique, pour assurer la rigoureuse application d'un texte, en même temps que la sauvegarde du principe de l'autorité maritale.

En sens contraire toutefois : Agen, 31 juillet 1806, Dall. *eo.* V° N° 870 ; Cour de cass. de Belgique, 8 février 1862. *Pasicrisie belge*, 1862.1.162, inspiré du meilleur esprit pratique.

aussitôt que l'élément primordial dont il faille tenir compte est celui-ci : il est indispensable que l'éloignement du mari ne mette pas la femme dans l'impossibilité absolue d'accomplir un acte essentiel et urgent. La vie peut placer l'épouse dans l'obligation de passer un contrat. La forcer en une pareille circonstance à solliciter l'autorisation de son conjoint qui est au loin, depuis plusieurs années peut-être, et en un endroit mal connu, ou inconnu, comme dans l'espèce de la Cour de Colmar citée plus haut, c'est la condamner en fait à renoncer à l'action et à abandonner ses intérêts. Est-ce le résultat que le droit exige ? Doit-il le permettre seulement ? Sans doute, comme le dit Laurent, aucune incertitude ne planant sur le sort du mari, il est prudent de sauvegarder l'autorité que le Code attribue au chef du ménage. Mais, pourrait-on répondre avec la Cour de Cassation de Belgique, l'autorité maritale sera suffisamment sauvegardée par le contrôle du juge : du moment que le Tribunal a la liberté d'apprécier, il n'y a pas de danger à redouter.

D'autre part, le texte de l'article 863 du Code de Procédure, prévoyant l'absence déclarée et présumée, conduit-il nécessairement à conclure que le Code a entendu, par cette énonciation, écarter le cas de la non présence ? Du fait qu'il n'en a pas parlé, en résulte-t-il qu'il l'a rejeté ? Les rédacteur du Code de Procédure, ayant à organiser les moyens pratiques de mettre en œuvre le principe posé par l'article 222 du Code civil relatif à l'absence, y ont tout naturellement spécifié, pour ne pas laisser de doute sur ce point, que la procédure édictée s'appliquerait aux deux périodes de l'absence. Ils ont visé l'absence et rien qu'elle, mais ils l'ont visée dans toute son étendue. Ils n'ont pas parlé de la non présence, parce que c'est un état de fait dont, en général, les juristes

ne se préoccupaient pas. Leur silence à ce sujet ne signifie donc pas une proscription (1).

Évidemment ils n'ont pas tenu compte des observations échangées lors des débats de l'article 222 du Code Civil ; mais, de ce fait, on ne saurait rien tirer. Ils se sont bornés à organiser le texte en le prenant dans son acception juridique : ils faisaient œuvre de réalisation, non d'interprétation.

Cela n'empêche nullement que la pensée des auteurs de la disposition (art. 222) puisse guider l'interprète. Or cette pensée n'est pas contestable. Sur l'interrogation du Premier Consul, demandant si, par absent, la section entendait parler d'un mari seulement absent du lieu où se trouve sa femme ou d'un mari déclaré absent, Berlier protesta, déclarant que la femme serait trop longtemps dans l'impuissance d'agir si elle ne pouvait obtenir l'autorisation du juge qu'après que son mari eut été déclaré absent. Tronchet surtout intervint en ce sens ; il invoqua cet argument : bien que son conjoint ne soit pas éloigné, il est possible que l'épouse n'ait pas le temps de prendre son autorisation, tant l'acte réclame urgence. Au surplus il ajoutait : puisque le tribunal n'accorde l'habilitation qu'en connaissance de cause, cela dissipe toute crainte et permet de donner plus de latitude à la disposition (2).

En parlant de la sorte les auteurs du Code ne faisaient que

(1) Le Code de Procédure n'a pas prévu non plus la façon dont la femme obtiendra l'autorisation de justice lorsque son mari est mineur ou condamné à une peine afflictive et infamante. Va-t-on pour cela refuser à cette femme la faculté de demander l'habilitation judiciaire à laquelle le Code Civil lui donne droit et qu'il lui impose en même temps ? Qui oserait le soutenir ?

(2) V. Locré, t. IV, *Comment. et Compl.*, Art. 222, p. 305, — puis la discussion au Conseil d'État, Séance du 5 Vendémaire An X, dans le même, p. 399-400, N° 40.

suivre la tradition. Notre ancien droit est en ce sens. Pothier, nous l'avons vu précédemment, décidait que « comme un mari pourrait être trop éloigné pour donner cette autorisation aussi promptement que le cas l'exige », la femme aurait faculté, en cette occurrence, de solliciter le concours du juge (1). Merlin, de son côté, admet aussi l'habilitation judiciaire en cas de non-présence (2).

D'ailleurs, en raison : si cette autorisation maritale repose en partie sur la puissance du mari, elle a pour fondement aussi, dans une certaine mesure, la protection de l'épouse. L'assurer au mari de façon absolue et sans exception, alors même qu'il se trouverait au loin et ne pourrait pas apprécier ce qu'exige la protection de sa compagne, c'est méconnaître en un certain sens la raison d'être de cette institution et en faire une mesure prise uniquement à l'encontre de la femme ; d'autant plus que l'intervention du juge garantit le respect des prérogatives du chef. Il faut, comme le montre Demolombe (3), que la situation soit égale pour tous deux ; si la femme ne doit pas pouvoir profiter de l'absence de son mari pour traiter une affaire à son insu, elle ne doit pas non plus être mise, par cet éloignement, dans l'impossibilité d'effectuer un acte urgent et légitime. Il est nécessaire de tenir compte des circonstances.

Ainsi l'équité, la raison, les précédents historiques, les travaux préparatoires, nous incitent à croire que les rédacteurs du Code ont entendu, à l'article 222, le mot absence dans son acception la plus large : ils l'ont pris non seulement dans sa signification technique, mais aussi dans sa portée

(1) V. POTHIER, *Traité de la Puissance Maritale*, N° 12.

(2) V. MERLIN, *Répertoire*. V° *Autorisation Maritale*, Sect. VII, N° 1. Il montre que c'était là la coutume du Hainaut.

(3) V. t. IV, N° 214.

courante, ce qui leur arrive parfois d'ailleurs (1). D'un autre côté l'énonciation de l'article 863 du Code de Procédure n'autorise pas à conclure à une proscription implicite de la non présence : ne pas parler de quelque chose ce n'est pas l'interdire. Du reste cette règle d'application ne saurait être considérée comme une interprétation législative. Enfin et surtout les besoins de la pratique manifestent nettement en faveur d'une solution libérale, qui permette à la femme de se procurer rapidement le concours dont elle a besoin, et d'accomplir sans trop de retard ni de difficultés l'acte que la vie lui impose. Reconnaissons donc au juge le droit d'habiliter la femme en cas de non présence de son conjoint (2).

SECTION III

EXCEPTIONS A LA NÉCESSITÉ D'UNE AUTORISATION CONFORME A LA LETTRE DES CONDITIONS PRÉVUES PAR LE CODE

Selon l'article 217 du Code Civil, le mari donne son autorisation à sa femme, soit en lui fournissant son consentement par écrit, soit en lui prêtant son concours pour accomplir l'acte. Le Code admet ainsi que l'autorisation maritale peut être expresse et tacite.

(1) V. Notamment les art. 316 et 1031 du C. civ., 909-910-911-942 et 943 du C. de Procéd. Civ.

(2) Ce faisant nous resterons dans l'esprit du législateur, car, comme le remarque DEMANTE (t. I, N° 310 *bis*, p. 466) sa tendance marquée est d'accorder au juge la faculté d'autoriser toutes les fois qu'il y a impossibilité d'obtenir le consentement du mari. V. art. 218-219-221-222-224 C. Civ.

Comme mode exprès, il indique le consentement par écrit. C'est une question discutée que celle de savoir si cet écrit est exigé *ad solemnitatem* ou seulement *ad probationem* ; si, en conséquence, ce consentement par écrit est la seule forme d'autorisation expresse que la loi accepte, repoussant comme insuffisant le consentement verbal, ou si, au contraire, ce dernier est reçu également. La plupart des auteurs, se fondant sur ce que le Code admet le concours du mari dans l'acte, considèrent que l'écrit n'est pas exigé comme condition d'existence de l'autorisation, mais seulement comme mode de preuve, en raison de quoi le consentement verbal serait valable, quitte à ne pouvoir être prouvé par témoins même dans les matières inférieures à 150 francs ou en présence d'un commencement de preuve par écrit : toutefois l'aveu de la partie qui se prévaut du défaut d'autorisation ou son refus de prêter serment feraient preuve contre elle (1).

D'autres, tout en reconnaissant aussi que le consentement par écrit peut émaner d'une pièce quelconque, acte authentique ou privé, même simple lettre missive, se refusent à accueillir le consentement verbal. Le législateur, disent-ils, a voulu éviter, en prévoyant les deux formes possibles d'autorisation, les contestations qui sans cela n'auraient pas manqué de s'élever sur le point de savoir si le mari a ou non donné son habilitation. En spécifiant comment celui-ci pouvait la fournir, il a entendu limiter son initiative, et par là couper court à tous les conflits. Dès lors toute autre manifestation de volonté que celles consacrées par la loi serait inopérante (2).

(1) V. en ce sens : AUBRY et RAU, 5e édit., t. VII, § 472, note 52, p. 246 ; BAUDRY-LACANTINERIE, 10e édit., t. I, N° 556 ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 628. DEMOLOMBE conteste cette opinion, t. IV, N° 193, mais reconnaît possible l'admission de l'aveu et du serment. TOULLIER, t. II, N° 633.—Dall., J.G., V *Mariage*, N° 839, et *Suppl. Eod.* V°, N° 469.

(2) V. en ce sens Laurent, t. III, N° 117 et 118 ; PLANIOL, t. I, N° 953.

Controverse que nous ne faisons que signaler pour mémoire. Visant un cas où le mari se trouve forcément près de sa femme, elle se rapporte à une situation différente de celle qui nous intéresse au premier chef, c'est-à-dire de celle où, en fait, les conjoints sont séparés.

Il est une autre question, au contraire, qui se rapproche plus directement de notre sujet : c'est celle qui concerne l'autorisation tacite. Qu'est-ce à dire ? Le Code nous en donne le type : le concours du mari dans l'acte (art. 217). Si le mari concourt à l'acte accompli par sa femme, cela implique évidemment qu'il l'approuve.

Mais une difficulté se soulève tout de suite : Que faut-il entendre par concours dans l'acte ? C'est un terme qui est susceptible de plusieurs interprétations. Si l'on songe à son sens étymologique, une idée se présente aussitôt à l'esprit : concourir à l'œuvre d'une personne, c'est poursuivre avec elle le but qu'elle se propose, c'est se joindre à elle pour le réaliser et l'atteindre. Dès lors ce concours consistera pour le mari à participer à l'opération, c'est-à-dire à y intervenir comme partie et non seulement comme *auctor*. Il faudra qu'il soit là présent, qu'il effectue l'opération avec sa femme, et qu'en outre il s'engage ou promette, le tout étant fait en connaissance de la situation, en sachant que sa femme promet ou stipule aussi. Certains auteurs se sont en effet, décidés en ce sens (1).

(1) En ce sens : BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, N° 558, p. 311 ; HUC, t. II, N° 252 ; LAURENT, t. III, N° 121.

C'est en ce sens aussi que semblent se décider M. PLANIOL, t. I, N° 954, et TOULLIER, t. II, N° 633, p. 21.

Quand la loi parle de l'acte, nous croyons, avec la majorité des auteurs, qu'elle a entendu par là le *negotium iuridicum* et non pas, comme le propose M. PLANIOL, t. I, N° 954, Note 1, l'*instrumentum*, l'écrit constatant l'opération passée par la femme.

Seulement, c'est là faire de la difficulté une question de mot, et oublier les conditions dans lesquelles le problème se pose. Il s'agit d'un acte pour lequel la femme a besoin d'une autorisation, donc d'un acte relatif à ses intérêts propres ; c'est elle qu'il concerne, c'est elle qui doit le passer. Pourquoi vouloir que le mari le passât également, alors qu'il n'y est pas intéressé. On aboutirait ainsi à ce résultat qu'aucune affaire ne pourrait plus être traitée au nom de la femme seule, que tout serait toujours conclu au nom des deux époux conjointement ou solidairement. Un tel système pourrait se comprendre en matière de communauté, étant donné la confusion d'intérêts qui y existe, étant donné aussi que là l'autorisation du mari, quelle que soit sa nature, l'obligera en même temps que la communauté (art. 1409-1419 et 1485 C. Civ.). Mais il serait difficilement acceptable sous les autres régimes, où, à raison de la séparation des patrimoines des époux, l'habilitation du mari n'aura plus pour conséquence de l'obliger : *Qui auctor est non se obligat.*

D'autre part, si, au cas de concours à l'acte, le mari était engagé, il devrait l'être aussi *a fortiori* au cas d'autorisation expresse : or, comme nous venons de le dire, c'est un effet que le Code ne consacre que pour la communauté, à raison de la situation particulière de l'époux sous ce régime.

Au surplus ce serait méconnaître la notion de l'autorisation : celle-ci n'a pas pour but de donner à la femme une capacité qu'elle n'a point ; la femme en possède une après son mariage puisqu'elle en possédait une avant. Mais l'union l'a rendue impuissante à l'exercer seule et à son gré : elle l'a soumise à une tutelle ,fondée sur les droits prééminents du mari ; c'est simplement pour la relever de cette infériorisation que l'habilitation doit intervenir.

Enfin si le concours implique une assistance, une collabo-

ration, il n'impose pas une association, encore moins une solidarité. Il faut un concert entre les époux ; toutefois, étant donné que par acte on entend le *negotium juridicum* et non l'*instrumentum*, il n'est pas besoin que ce soit un concert dans l'action, un concert matériel pour ainsi dire, à plus forte raison un concert dans l'engagement. Que ce concours se réalise d'une façon ou d'une autre, peu importe, pourvu que le fait le traduisant manifeste d'une manière non équivoque que le mari a connu l'acte de sa femme et qu'il l'a approuvé. Cela suffit. C'est ce que, devant la rigueur exagérée de l'autre opinion, une partie de la doctrine a admis (1). La jurisprudence, considérant que le point de savoir s'il y a eu concours dans l'acte est une question de fait, incline aussi vers une interprétation libérale (2).

Cependant, même ainsi entendu, le concours du mari dans l'acte se présente toujours comme un mode d'autorisation rigoureux et quelque peu formaliste. De plus, la loi n'ayant pas précisé ce qu'il fallait entendre par concours et cela étant une question de fait, la solution du problème demeure arbitraire, et abandonnée à l'appréciation des tribunaux. D'où une divergence forcée dans les décisions, les unes suivant la lettre du Code et se montrant restrictives, les autres s'inspirant des besoins de la pratique et se révélant plus libérales. Ce caractère incertain de l'autorisation tacite consistant dans le concours du mari à l'acte, élément variable selon les cas, amène à se demander si d'autres faits ne seraient pas susceptibles de valoir également autorisation tacite. En d'autres termes le concours du mari à l'acte est-il

(1) V. en ce sens Aubry et Rau, 5e édit., t. VII, § 472, 4°, p. 247 ; Demolombe, t. IV, N° 196, p. 218.

(2) V. Dall., *Juris. gén.* V° *Mariage*, N° 840, et *Ibid.*, *Suppl. eod.* V°, N° 472. *Adde* Dall., C. Civ. annoté, art. 217.

le seul mode d'autorisation tacite que le Code accepte, ou en admet-il d'autres ? On conçoit l'intérêt que ce point peut présenter pour la femme, lorsqu'elle se trouve éloignée de son conjoint, et dans l'impossibilité par conséquent d'obtenir de lui une participation véritable à l'opération. Sans doute, il lui est permis alors de solliciter son autorisation expresse, puisque celle-ci peut être donnée par simple lettre ; seulement les circonstances peuvent ne pas lui en laisser le temps. Aussi considérer que certains faits et gestes de son mari sont de nature à tenir lieu d'autorisation tacite, faciliterait grandement son activité.

Sur cette question la doctrine est presque unanime. Elle a une tendance très nette à repousser toute extension de l'article 217. Le Code, remarque-t-elle, n'a pas déclaré que l'autorisation maritale pourrait être donnée tacitement ; il a prévu qu'elle résulterait de la participation du mari à l'acte de la femme, et c'est tout. Il ne se préoccupe pas des habilitations tacites ; il indique, à côté de la forme expresse, l'unique fait, qui, bien que n'étant pas de cette nature, lui semble pourtant suffisamment caractérisé pour emporter approbation. S'il parle du concours du mari dans l'acte, ce n'est pas pour donner un exemple particulier d'autorisation tacite, en laissant à l'interprète la faculté d'en accueillir d'autres ; c'est pour reconnaître qu'en cette situation spéciale, on peut, à raison de la présomption très forte résultant de la conduite de l'époux, admettre une exception à la nécessité du consentement par écrit. Mais les termes qu'il emploie à ce sujet sont trop précis, trop particularisés, pour qu'on puisse les étendre à des cas qu'ils ne visent pas, et en induire qu'une telle forme d'habilitation étant acceptée par la loi, il est permis de faire usage de n'importe quelle autre de la même espèce. D'autant plus que la concession d'une

telle liberté serait susceptible d'engendrer de graves difficultés : à chaque instant des contestations s'élèveraient sur le point de savoir s'il y a eu autorisation ou non : or le Code a précisément pris soin de spécifier le mode qu'il tolérerait pour empêcher des conflits de naître : en recevoir d'autres, c'est non seulement dépasser son texte, c'est encore violer son esprit. Donc, en mentionnant expressément le concours du mari dans l'acte, il a entendu n'admettre que ce fait et défendre tous autres. La plupart des auteurs sont d'accord pour soutenir cette opinion (1).

Pourtant elle n'est pas inattaquable. La théorie qu'elle bâtit est séduisante, certes, par sa logique et sa rigueur. Cependant ce n'est qu'une théorie. Sur quoi se fonde-t-elle pour prétendre que l'intention qu'elle révèle a bien été celle du législateur ? Les auteurs ne nous le disent pas : ils le supposent *a priori*. Dès lors ne pourrait-on pas soutenir avec autant d'apparence de raison que si le législateur a cité spécialement le concours du mari, c'est parce que c'est un acte tout à fait caractéristique, qu'il est plus que probable qu'en une telle circonstance il y aura eu autorisation, et qu'il faut en conséquence, pour simplifier la matière, y attacher une présomption en ce sens. Cela ne signifie point qu'il a voulu écarter les autres modes d'habilitation tacite ; seulement pour ceux-là la conviction du juge ne sera pas faite à l'avance ; il faudra la lui procurer.

Quant aux dangers de contestation, ils ne sont pas plus à craindre en cette occurrence qu'en celle du concours à l'acte,

(1) V. en ce sens : Baudry-Lacantinerie, t. I, N° 559, p. 311 ; Colin et Capitant, t. I, p. 628 ; Demolombe, t. IV, N° 197, p. 233 ; Huc, t. II, N. 251 ; Laurent, t. III, N° 117 ; Marcadé, t. II, sur l'art. 217, N° 4 ; Planiol, t. I, N° 955. *Contra* Aubry et Rau, 5e édit., t. VII, § 472-4°, note 58, p. 247.

puisque là aussi, la loi n'ayant rien déterminé, il y a lieu de rechercher quand et si le concours existe : dans tous les cas, c'est donc une question de fait qui dépend de l'appréciation des tribunaux. Si danger il y a, il existe d'un côté comme de l'autre.

Reste la troisième objection : l'article 217 ne parle pas de l'autorisation tacite, et c'est ajouter à son texte que la faire intervenir. Mais il ne parle pas davantage de l'autorisation expresse, et néanmoins on admet qu'il y en a une et même plusieurs, celles-ci étant données par écrit de n'importe quelle sorte, ou oralement. Si on interprète le texte de façon libérale pour l'un des procédés d'habilitation qu'il prévoit, ne faut-il pas le faire aussi pour l'autre ?

Au surplus nous croyons qu'en chacun de ces systèmes, cette recherche de l'intention des auteurs du Code est hasardeuse et périlleuse. Le texte devant être étudié en vue de son application actuelle plus que de sa conception primitive, ne vaut-il pas mieux se demander ce que les besoins de la pratique réclament avant tout. Or, si nous consultons la jurisprudence à ce sujet, nous voyons qu'elle a été obligée, sous peine de consacrer des iniquités et de nuire gravement au crédit de la femme, de reconnaître maintes espèces d'autorisations tacites en dehors du concours du mari dans l'acte (1).Sans doute la Cour de Cassation a toujours résisté; cependant en dépit de ses refus successifs et de son acharnement à suivre à la lettre le principe de l'article 217 (2), les

(1) V. Cass., Civ., Rej., 23 nivôse, an VIII, Dall., J. G. V° *Mariage*, N° 843 ; Bourges, 9 juillet 1831, S. 32.2.447 ; Paris, 14 mai 1846, S. 46. 2.299 ; Paris, 23 février 1849, S. 49.2.145 ; Paris, 23 août 1851, S. 51. 2.517 ; Riom, 31 mai 1852, D. 54.5.56 ; Paris, 9 juin 1857, S. 57.2.755 ; Paris, 9 décembre 1875, D. 76.2.208. Cf. en outre Dall., *Rép.*, V° *Mariage*, N° 843, et *Suppl.*, *eod.* V°, N° 474.

(2) En ce sens : Civ., 26 juillet 1871, S. 71.1.65 ; 20 juin 1881, S. 82.

nécessités journalières n'en ont pas moins résolu continuellement la question : c'est donc que cette autorisation tacite correspond, dans la vie, à une utilité certaine.

N'est-ce pas, d'ailleurs, sous l'empire de celle-ci que l'on a été amené à décider que l'autorisation nécessaire à la femme pour s'adonner au commerce pourrait être tacite, et résulter de l'exercice de son négoce au vu et au su de son mari, sans opposition de sa part (1) ? L'article 4 du Code de Commerce permettait peut-être plus facilement cette interprétation que l'article 217 du Code Civil. Ce n'en n'est pas moins une autorisation que les principes généraux du droit semblaient devoir proscrire. Sur ce point encore, comme sur d'autres, le droit commercial a montré la voie au droit civil.

N'est-ce pas aussi sous la poussée de ces mêmes nécessités que l'on s'est résolu à admettre, *mutatis mutandis*, que l'habilitation dont la femme a besoin pour entreprendre un métier ou une profession quelconque s'induirait de l'attitude de son conjoint ? Que celui-ci connaisse les choses et laisse agir sa compagne sans protester, il sera censé avoir accédé à son désir. Mieux. Son consentement sera même susceptible d'être déduit de l'interprétation de sa volonté présumée, eu égard à sa condition et à celle de son épouse (2).

1.301 ; 22 février 1893, S. 93.1.182 ; *Req.*, 30 déc. 1902, D. 03.1.150 ; *Req.*, 19 mai 1908, D. 08.1.359 ; Civ., 18 oct. 1909, S. 1911.1.489. Cf. en outre Dall., *Req.*, *Suppl.*, V°. *Mariage*, N° 474.

(1) V. en ce sens Aubry et Rau, t. V, § 472-4°, p. 152-153 et note 62 ; Demolombe, t. IV, N° 197-198 ; Laurent, t. III, N° 123 ; Planiol, t. I, N° 956. — Cass., 27 mars 1831, S. 1832.1.365 ; Cass., 27 avril 1841, S. 1841.1.385 et les références sous la note 1. Cf. Dall., *Rép.*, V° *Mariage*, N° 844, et commentaire sous Cass., 26 juillet 1871 précité. *Adde* Dall. Code Com. annoté, art. 4, N° 11 à 17, et *Suppl.*, N° 300 à 307.

(2) En ce sens : Paris, 23 août 1851, D. 52.2.10 ; Cass., 6 août 1878, S. 79.1.65 ; *Req.*, 22 juillet 1891, D. 92.1.5 et la note Planiol, S. 93.1.65 et la note Labbé. Cf. Dall., *Rép.*, *Suppl.*, V° *Mariage*, N° 454 ; Colin et Capitant, t. I, p. 629 ; Planiol, t. I, N° 957.

Tout montre bien qu'il ne s'agit pas d'une pure question théorique, et que l'admission de l'autorisation tacite répondrait à un besoin social évident. Qui doit l'emporter : la rigueur des principes ou les exigences de la pratique (1) ?

Du reste, en l'acceptant, on ne ferait que suivre une certaine tendance de notre droit. Conformément à la tradition il reconnaît que l'autorisation judiciaire peut être tacite (2) ; d'un autre côté, en cas d'autorisation écrite, il a repoussé l'habitude coutumière selon laquelle l'acte devait porter mention spéciale et sacramentelle de l'autorisation du mari (3) : notre Code ne réclame plus pareille constatation. N'est-ce pas la preuve qu'il veut écarter le formalisme ? Dès lors ne peut-ce être une indication pour notre matière ?

Enfin, la jurisprudence, et le Code lui-même en une certaine mesure, montrant que c'est le désir de satisfaire les besoins de la pratique qui sert de guide en ce sujet, nous nous demandons si la question a été posée sur son véritable terrain. Au fond, ne s'agit-il pas ici encore de savoir comment le concours à l'acte peut se réaliser ? Car, en définitive, toute intervention du mari, qu'elle soit plus ou moins active ou étendue, aboutira toujours à un concours.

D'une part, en effet, le concours, n'implique pas néces-

(1) Cédant à ces besoins les législations étrangères ont admis l'autorisation tacite. En ce sens le Code Civil Allemand, art. 1405. Elle résulte du silence et de l'*inaction* du mari. De même le Code fédéral Suisse, art. 166 et 167.

Les lois étrangères qui acceptent l'autorisation générale, comme le Code Civil Italien (V. art. 134. Cf. Coviello, *Manuale Di Diritto Civile Italiano*, t. I, N° 59, p. 174-176) admettent aussi, par ce fait, en une certaine mesure, l'autorisation tacite.

(2) Cf. Aubry et Rau, 4e édit., t. V, § 472-4°, p. 152 et note 60.— Colin et Capitant, t. I p. 627. — Demolombe, t. IV, n° 190. — Laurent, t. III n° 125. — Dall., *Répert.*, V° *Mariage*, N° 834, et *Suppl., eod.* V°, N° 470.

(3) Cf. Colin et Capitant, t. I, p. 627. — Paniol, t. I, N° 951.

sairement un engagement de l'époux, ni même sa présence ; d'autre part, la connaissance qu'il a de l'acte de sa femme, et son approbation, manifestée même par son silence et son abstention, constituent une autorisation suffisante. Dans ces conditions quelle différence y a-t-il entre l'autorisation résultant du concours ainsi entendu, et les autres sortes d'habilitation tacite ? Nous trouvons dans les deux hypothèses les mêmes éléments : quelles que soient les apparences particulières des faits traduisant la participation du mari, ceux-ci se ramènent invariablement, en dernière analyse, à ces deux principes essentiels : une information et un consentement. Ils sont nécessaires, et ils suffisent. Tout concours se composant d'eux, leur réunion produira par là même un concours. Toute autorisation tacite, étant donné les éléments que l'on exige d'elle, sera donc un concours. La question de savoir s'il est possible d'admettre d'autres habilitations tacites que celle prévue par l'article 217 ne se pose plus désormais : le Code ne sera pas dépassé ni violé : sa prescription sera toujours respectée, puisque chaque fois qu'il y aura de la part du mari une intervention de cette nature, il y aura concours dans l'acte (1).

(1) On pourrait invoquer à l'appui de cette opinion les solutions données en la matière par la jurisprudence. Comme le constatent MM. Colin et Capitant, t. I, p. 629, elle a étendu son système, selon lequel il suffit pour qu'il y ait autorisation tacite que la femme ait accompli l'acte au vu et au su de son mari et sans opposition de sa part, à « tous les cas où l'acte que le mari doit autoriser n'est pas de ceux qu'il soit d'usage de rédiger par écrit ». Comme ces actes forment la majorité, on arrive ainsi à voir fonctionner dans le plus grand nombre de cas un système tout à fait libéral, prenant le terme concours dans son sens ordinaire et lui donnant, par rapport à la doctrine des auteurs, une extension considérable. V. notamment les décisions citées au sujet de l'adoption par la femme d'un métier ou d'une profession, p. 629.

*
* *

Telles sont les conditions dans lesquelles devra être fournie l'autorisation. Conditions qui, au premier chef, d'après la réglementation du Code, paraissaient sévères et strictes, mais que le travail de la doctrine et surtout de la jurisprudence a rendues plus souples et plus larges. L'œuvre jurisprudentielle est intéressante à signaler. Elle montre tout d'abord une opposition marquée entre les tribunaux et les Cours d'appel d'une part, et la Cour de cassation de l'autre. Et cette opposition se comprend : ceux-là, plus directement en contact avec les faits, influencés par eux et pressés par leurs besoins, s'efforcent de les satisfaire ; celle-ci, plus éloignée, subissant moins l'ascendant des circonstances, moins portée par conséquent à s'y soumettre, s'attache à maintenir une rigoureuse observation des textes et de l'esprit supposé qui les inspire. Cette différenciation de tendances explique en même temps cette sorte de contradiction que laisse percer l'ensemble des solutions judiciaires : la ferme volonté de n'admettre aucune autorisation tacite en dehors du concours du mari dans l'acte voisinant avec la permission constante de réduire ce concours au minimum indispensable. Au total, le résultat se révèle favorable à la femme, et lui permet de passer sans trop de difficultés les actes essentiels de la vie courante.

CONCLUSION

Nous avons terminé ainsi notre exposé sommaire de la condition que le droit commun fait à la femme dans la Société. A côté du principe fondamental de l'incapacité, conçu davantage dans un esprit de préjugé que de pratique, des dérogations, instituées par le Code lui-même, ou élaborées par la jurisprudence et les lois postérieures, sont venues rendre tolérable pour l'épouse une existence que la règle stricte eut faite insupportable. Facultés de résoudre seule certaines questions de famille, de gérer les affaires du ménage, d'administrer et de disposer de ses ressources professionnelles, de vaquer aux nécessités de son négoce, d'accomplir aisément certains actes courants, autant de mesures de bienveillance prises en sa faveur.

Cependant si ces conditions adoucissent la condition de la femme vivant avec son mari, elles n'apportent qu'une moindre amélioration au sort de celles dont les circonstances ont rompu, pour un temps plus ou moins long, le foyer conjugal. A celles-là, nous l'avons vu, on ne reconnaît pas la liberté de s'adresser aux tribunaux pour obtenir une autorisation que leur conjoint ne peut actuellement leur donner ; on les oblige à attendre son retour. C'est là une exigence nettement désavantageuse pour la femme.

L'imposer, c'est proclamer que la puissance existe uniquement dans l'intérêt personnel du mari, ce qui est en partie contraire aux solutions consacrées par le Code, c'est oublier qu'elle repose aussi sur une idée de protection de l'épouse, c'est méconnaître la seule justification un peu légitime

qu'elle puisse avoir au point de vue législatif : la nécessité d'assurer une unité de direction dans le ménage ; car pour diriger utilement il faut être là, sur place, à la tête même de l'association. Celui qui se trouve au loin est bien mal désigné pour occuper un poste requérant une continuelle appréciation des circonstances, des événements, des besoins de l'heure et du milieu.

Si réellement l'autorité repose sur ce fondement, il faut, pour être logique, décider qu'en cas d'absence du mari, elle sera exercée par la femme : des deux, n'est-ce pas elle qui en un tel moment est la plus apte à conduire le ménage ? Lorsque le directeur d'une société s'absente pour une longue durée, ses pouvoirs ne passent-ils pas aux mains d'un délégué ? Dès lors, pourquoi ce qui est jugé indispensable dans la vie civile ou commerciale, ne le serait-il pas aussi dans la vie domestique ? Une identité de raisons devrait mener à une identité de solution. Notre Code appelle une réforme à cet égard, comme il en réclame une aussi au cas où l'épouse a été abandonnée par son mari. Il est plus illogique et plus pénible encore en cette hypothèse de laisser la femme soumise à l'autorisation de celui qui l'a fuie ou renvoyée.

D'ailleurs ce ne sont là que deux aspects particuliers d'une question plus large et que nous ne faisons que poser ici : lorsque les circonstances mettent la femme en meilleure disposition que son mari pour assurer la gestion du ménage, ne convient-il pas de la lui confier ?

Problème de bon sens et d'équité dont M. Gide avait déjà, il y a plus de trente-cinq ans, avec une impartialité égale à sa science, établi les données : sans hésitation, après avoir montré l'incohérence voulue du Code qui, en une telle occurrence, accorde à l'épouse la direction morale du ménage et lui refuse la direction économique, il s'était prononcé pour une

réforme. Il aurait voulu que l'on fit coïncider le droit avec la logique, et que l'on relevât la femme de son incapacité au cas où elle se trouvait dans l'impossibilité d'obtenir le concours de son conjoint (1).

Consacrer cette solution ne serait pas innover du reste, puisque c'était celle qu'admit jusqu'à la Renaissance du Droit Romain au XVIe siècle, notre ancien Droit coutumier pur (2). C'est celle aussi que, postérieurement à notre Code civil, d'autres législations, moins subjuguées que la nôtre par cette idée de la prédominance maritale, ont acceptée (3).

(1) V. GIDE, *op. cit.*, 2e édit., p. 474-475.

(2) V. BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvaisis*, XLIII, 29 (édit. Salmon, t. II, p. 182). ; GUY COQUILLE, *Question* XI. Cf. GIDE, *op.* et *loc. cit.*— *Adde* BRISSAUD, *Manuel d'Histoire du Droit français*, t. II, p. 1089-7e, notes 4, 5, 6.

(3) C'est en ce sens que se décide le Code Civil Espagnol qui dans son article 183 nous dit que l'époux absent est représenté par l'époux présent, s'ils ne sont pas légalement séparés. On sait que notre article 141 ne donne ce droit à la femme que quant à la surveillance, à l'éducation des enfants, et à l'administration de leurs biens. L'article 188 déclare même que la femme de l'absent, si elle est majeure, pourra disposer librement de tous les biens qui lui appartiennent en propre. (Pour ceux de son mari ou de l'association conjugale, elle aurait besoin d'une autorisation de justice). Chez nous l'article 222 maintient l'incapacité et oblige la femme à recourir à la justice pour réaliser de tels actes.

De son côté le Code Civil Italien, après avoir permis au mari de donner à sa femme une autorisation générale (art. 134), proclame qu'il n'en est plus besoin du tout, de quelque sorte qu'elle soit, au cas où le mari est absent, interdit, mineur (art. 135). Cf. ROGUIN, *Le Mariage*, N° 159, p. 212; DE RUGGIERO, *Istituzioni De Diritto Civile*, t. I, Chap. x, § 36, *a*) Sesso, p. 301-303 ; GIOVANNI PACCHIONI, *Elementi Di Diritto Civile*, Sect. II, Chap. II, N° 73, p. 98-100, et la note 94, — Chap. III, N° 81, A, p. 108-109.

De même le Code Civil Portugais, tout en posant le principe de l'incapacité de la femme mariée (art. 1192-1193), déclare que l'épouse pourra contracter sans autorisation si le mari est absent ou empêché, et que l'objet en vue duquel elle contracte ne permette pas d'attendre son retour ou la cessation de l'empêchement, (art. 1116. Cf. ROGUIN, *Le Régime Matrimonial*, N° 420, p. 411) sauf, toutefois, la nécessité pour elle d'obtenir, en cas d'aliénation d'immeubles communs, l'autorisation du Conseil de famille et de justice (art. 1190).

L'exemple du passé comme celui des pays voisins montre que la refonte de notre droit sur ce point ne résoudrait pas qu'une simple question de doctrine, mais répondrait à un

Le Code Civil Allemand assure la capacité de la femme. *Capacité personnelle.* L'épouse peut s'engager envers un tiers sans autorisation et lui promettre une prestation. Toutefois, le mari ayant le droit, au cas où il estime que le contrat porte atteinte aux intérêts conjugaux, de le dénoncer avec le consentement du Tribunal de Tutelle, l'épouse a intérêt, pour se couvrir, à solliciter l'autorisation préalable de son conjoint ; si celui-ci se trouvait absent ou dans l'impossibilité de la lui donner et qu'il y eut péril en la demeure, la femme a faculté de s'adresser à la justice (art. 1358). Cf. LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 118 à 129. *Adde* SALEILLES, *La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand. La Réforme Sociale*, 1901, p. 723. Le mari perd ce droit de résiliation au cas où il y a séparation entre époux, même de fait, sauf si la femme quitte le domicile pour remplir son engagement (art. 1358, al. 2).

Capacité patrimoniale. La femme s'oblige sans autorisation (art. 1399), réserve faite de savoir sur quels biens ces obligations vont s'exécuter. Mais pour aliéner un bien compris dans ses apports, en cas d'adoption du régime légal, il lui faut l'autorisation du mari : en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci, elle peut à son gré en disposer, soit en son nom propre, soit en celui du mari, pourvu qu'il y ait péril en la demeure — ce qui réserve à l'époux un droit d'intervention (art. 1450). Sur tous ces points Cf. LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 130 à 155, notamment p. 137-149 et 152.

Quant au Code Civil Suisse qui rend aussi la femme capable, il lui donne le droit de diriger le ménage (art. 161) et de représenter l'union pour les besoin courants de la vie (art. 162) : il lui alloue ainsi un vrai pouvoir propre en cette matière. Pour le surplus il déclare que la femme ne peut exercer des pouvoirs plus étendus qu'avec le consentement exprès ou tacite de son mari (art. 166). Elle ne peut entreprendre une profession ou une industrie qu'avec le consentement de son conjoint ou de justice (art. 167). Au point de vue patrimonial la femme est capable de s'obliger. Mais cette capacité subit l'influence du régime matrimonial, avec lequel elle est en étroite corrélation ; selon le régime adopté, la femme pourra s'engager seule sur tous ses biens (séparation de biens, art. 243) ou sur ses biens réservés seulement (régime légal, art. 208, communauté, art. 221). C'est plus une restriction à la faculté de disposer dans l'intérêt du ménage et du mari, qui doit l'entretenir, qu'une véritable incapacité. La femme ne dispose seule des biens matrimoniaux, lorsqu'il y en a, que dans la mesure où elle représente l'union (art.2039), et ne dispose des biens communs qu'avec consentement du mari (art.217).

réel besoin pratique. C'est ce qu'au terme de cet aperçu sur l'incapacité de la femme mariée, il nous a paru opportun de mentionner.

Le Code ne nous dit pas ce qu'il en est au cas d'empêchement du mari. Selon le principe la femme demeure capable. Dans les cas où elle a besoin d'un consentement marital la difficulté est atténuée, puisque celui-ci peut être tacite (art. 166). L'abstention de l'époux et son silence en connaissance de cause emporteront assentiment. Celui-ci pourra être aussi déduit des rapports des conjoints et de l'état de leurs biens. Enfin le recours à l'autorité tutélaire est ouvert à la femme (art. 207).

La femme anglaise, pleinement capable (V. Barclay, *La Femme Anglaise*, p. 31 et suiv. ; Lehr, *Eléments de Droit Civil Anglais*, t. I, N° 128, p. 79, N° 154 et suiv., p. 97 et suiv.), l'est en l'absence de son conjoint comme en sa présence.

L'Américaine des États-Unis, qui n'est pas en tous les États de l'Union munie de la capacité (Cf. Roguin, *Le Mariage*, N° 166, p. 221), possède quand même partout le droit de faire seule les actes urgents en cas d'absence de son conjoint (V. Lehr, *Le Droit Civil des Etats-Unis*, N° 38, p. 23).

CHAPITRE II

SITUATION DE LA FEMME DU MOBILISÉ

[Quoique paraissant tout d'abord sortir du cadre exact de notre sujet, cet examen du droit commun relatif à la condition de la femme dans la société, et en particulier à la condition de la femme seule, n'aura pas été inutile pour son étude, croyons-nous. Loin de là. Il aura préparé et facilité la solution de la question qui va nous occuper maintenant. Car, ne l'oublions pas : à la situation que la guerre a faite à la femme, c'est en principe le droit commun qui est applicable. L'ayant envisagé par avance, surtout dans ce qu'il a de voisin avec l'hypothèse que nous allons aborder, nous n'aurons plus désormais qu'à nous y référer ; cela allégera beaucoup notre discussion. C'est une méthode que nous préférons à celle qui consisterait à étudier directement la condition de la femme durant la guerre, quitte à exposer en cours de route le droit commun à mettre en œuvre. Nous n'aurions pu alors, sous peine de nous écarter du thème de notre rubrique, discuter ce droit commun, et rechercher si les opinions admises correspondaient toujours bien à l'esprit du Code et aux besoins de la pratique. L'ayant fait au préalable, nous avons, pour ainsi dire, creusé le moule où nous n'aurons plus à pré-

sent qu'à glisser l'hypothèse de guerre, pour voir en quoi elle s'y adapte, en quoi elle ne s'y conforme pas et exige des solutions particulières. N'oublions pas non plus que c'est ce seul droit commun qui dût suffire aux espèces pratiques de la guerre durant un an. A ce titre encore il méritait qu'on le parcourût.]

* * *

Nous l'avons appris déjà : la Mobilisation qui enlève le mari au foyer, ne touche en rien au mariage : la vie commune est rompue, le lien conjugal demeure intact. Les droits et les obligations que l'union accorde et impose aux époux continuent à leur appartenir et à peser sur eux. Aussi, nous l'avons appris également, pour être obligé de quitter sa compagne et son ménage, le mari n'en doit pas moins assurer l'existence de celle-là et l'entretien de celui-ci. En retour il reste investi de ses prérogatives, et par là sa femme reste soumise à sa condition : l'éloignement ne modifie la situation d'aucun d'eux. Ainsi sont les choses en droit. Car, en fait, il en est autrement. A ce point de vue, en effet, on ne saurait nier que la Mobilisation entraine bien un changement dans la vie des conjoints. Ceux-ci voient, à sa suite, leur communauté d'existence brisée ou tout au moins suspendue, et une séparation véritable s'établir entre eux. Séparation qui a, nous l'avons dit encore, un caractère particulier, la différenciant des autres situations de ce genre : elle ne provient ni d'un concours de volonté des époux, ni d'un caprice de l'un, ni de la faute de l'autre : elle découle de l'exécution par le mari d'un devoir légal. Dès lors qu'elle ne lui incombe nullement, mais résulte d'une force majeure, elle ne doit le priver d'aucun des avantages que lui confère sa qualité de chef. En

conséquence il conservera autorité sur sa femme, et celle-ci, toujours incapable, ne pourra accomplir aucun acte sans son autorisation.

Tel est bien le principe, que le droit commun déjà consacrait, et que l'état de guerre permet de maintenir. Seulement le droit commun lui-même avait été contraint, devant les nécessités de la vie pratique, d'apporter des atténuations à cette règle et d'y admettre des dérogations. Ce que les besoins de l'existence courante avaient ainsi requis, les difficultés exceptionnelles de la guerre le réclameront davantage encore. Les diverses exceptions que nous avons examinées s'imposeront donc ici. Dans quelles conditions elles fonctionneront, avec quelle étendue, réelle et désirable, c'est ce que nous nous proposons d'étudier maintenant. Et pour mettre plus de clarté et d'harmonie dans le sujet, nous reprendrons les diverses catégories d'atténuations, une à une, dans l'ordre que nous avons suivi précédemment.

SECTION I

EXCEPTIONS A LA NÉCESSITÉ DE L'AUTORISATION

L'article 220 du Code Civil, permettant à la femme commerçante de faire sans autorisation tous les actes relatifs à son négoce, est de nature à rendre grand service à la femme du mobilisé. Grâce à ce texte, que les nécessités des affaires avaient dicté au bon sens pratique des rédacteurs du Code, cette dernière pourra, malgré l'éloignement de son mari, poursuivre ses opérations ; aucune formalité d'habilitation

ne l'entravera. Sa situation reste la même qu'en temps de paix, sans doute ; mais par ce fait qu'elle bénéficie encore de cette dispense, elle jouit de plein droit par rapport aux autres femmes obligées de demander une autorisation difficile, peut-être impossible, à obtenir, d'un avantage plus considérable qu'en temps normal. La gêne actuelle le lui rend plus précieux.

Cela est d'autant plus important que la femme marchande publique a pu profiter de circonstances favorables — et la chronique nous a souvent montré que de nombreux commerçants avaient agi de la sorte — pour accroître son champ d'action, développer son cercle d'affaires, et assurer à son établissement une prospérité qu'il n'avait pas jusqu'alors. Étant déjà marchande publique et autorisée à l'être, elle a pu réaliser cette extension sans solliciter aucune autorisation nouvelle, à condition évidemment de ne pas changer la nature de ses opérations et de ne pas, sous prétexte de développement, ouvrir un commerce nouveau. Quelle utilité la faveur que lui accordent les articles 220 du Code Civil et 5 du Code de Commerce ne présente-t-elle pas pour elle ? De quelle prérogative ne dispose-t-elle pas vis-à-vis d'une femme ordinaire ? C'est dans les heures particulièrement compliquées, comme celles que nous traversons, que l'exception accordée à la femme commerçante révèle toute sa valeur. Et combien il lui est aisé d'en obtenir l'ouverture : un simple consentement, qui peut même être tacite, suffit pour cela.

Mais, bien entendu, pour bénéficier de ce régime, il faut qu'elle exerce un commerce séparé de celui de son mari. N'en profiterait pas celle qui ne fait que remplacer provisoirement son conjoint à la tête de l'exploitation abandonnée par lui pour se rendre à l'armée. En ce cas la femme ne serait que

la préposée (1) ou la mandataire de son mari (2) — ses fonctions ne lui conférant nullement la qualité de commerçante.

L'avantage que l'article 220 assure à la femme commerçante, les articles 1449 et 1576 le fournissent, quoiqu'à un degré bien inférieur, à la femme qui a conservé l'administration de certains de ses biens. Celle-là demeure toujours capable, que son mari soit près d'elle ou qu'il en soit loin, de faire seule les actes relatifs à cette administration (3), sauf plaider (4). Ici également les circonstances donneront à cette femme une prépondérance plus accentuée sur ses sœurs qui ne se sont pas réservé pareille faculté, et que l'absence de leur mari rend par là même plus impuissantes encore.

De même la femme que la guerre a laissée seule s'obligera par ses délits, ou par son enrichissement sans cause (5).

Toutes ces questions ne souffrent pas de difficultés ; c'est le droit commun pur et simple, tel que nous l'avons établi précédemment : aussi nous ne nous y attardons pas davantage.

Il en sera pareillement pour l'une des deux dernières exceptions de cette catégorie, celle qui résulte de la loi du 13 juillet 1907. Cette dérogation a l'incapacité recevra ici, du fait de la guerre, une importance exceptionnelle : jamais cette loi n'aura présenté un tel intérêt qu'en ce moment, parce que jamais encore les femmes n'étaient apparues en aussi grand nombre dans les diverses branches du travail. Ayant l'entière disposition des produits de son industrie,

(1) V. en ce sens : Tribunal de la Seine, 23 septembre 1916, *Le Droit*, 8 novembre 1916, *Gaz. Trib.*, 9 novembre 1916.

(2) Cf. *Revue Droit civil*, 1917, p. 358.

(3) En ce sens : Cass., *Req.*, 27 avril 1917, *Le Droit*, 3 mai 1917.

(4) En ce sens : Trib. de paix de Paris, IXe Arr., 4 octobre 1915, *Recueil périodique de procédure*, 1916, p. 49, N° 7689.

(5) En ce sens : Cass., 16 mai 1916, *Gaz. des Trib.*, 18 août 1916.

l'épouse trouvera là un moyen efficace d'assurer sa subsistance et celle de ses enfants. Que son mari ne se conduise pas envers elle comme son devoir-l'exigerait, et elle se procurera, grâce à ce texte, les ressources nécessaires pour mener une vie indépendante. Son conjoint n'ayant plus aucun droit sur ces salaires, ni avant leur perception ni après elle, ne pourra pas, prétextant sa situation présente et malheureuse, se les attribuer : sa compagne a sur eux, sauf abus, un droit absolu. Quelles que soient les imperfections de cette loi, c'est bien là un avantage pour la femme : toucher, gérer, dépenser à son gré le fruit de son travail, c'est pour un être continuellement subordonné à autrui, une liberté qui n'est pas à dédaigner ; c'est un pas vers cette égalité économique qui devrait réellement présider aux rapports des membres de la société conjugale.

Sans doute certaines dispositions de la Loi de 1907 risquent de rester lettre morte en ce moment comme avant et plus qu'avant même peut-être, malgré l'affluence des représentants du sexe sur le marché du travail : nous voulons parler de celles qui permettent à la femme d'employer comme elle l'entend les économies réalisées sur ses gains et salaires, et de disposer à son gré aussi des biens acquis avec elles. L'ouvrière pourra-t-elle, dans les conditions actuelles de la vie et étant donné l'augmentation incessante et disproportionnée du prix des denrées de première nécessité, faire des économies ? C'est peu probable. Les salaires ont évidemment augmenté d'une façon générale, mais pas proportionnellement à l'accroissement du coût de l'existence. Dès lors bien rares seront les privilégiées qui seront en état d'utiliser la faculté que leur accorde la loi de 1907. Il en sera autrement pour les femmes commerçantes. Nombreuses seront celles-là dont les exploitations auront profité de l'ardente circulation moné-

taire de l'heure, surtout dans le haut et moyen commerce, et qui auront ainsi réuni des bénéfices imposants. En leur réservant le droit de placer leurs gains selon leur volonté, et d'aliéner selon leur désir les biens avec eux acquis, la loi de 1907, on ne saurait le méconnaître, fera à l'épouse, incapable et subordonnée en principe, une situation particulièrement intéressante.

Cependant c'est à un autre point de vue surtout que la guerre aura montré l'avantage de ce texte pour la femme travailleuse ; en ce qui concerne son intervention en justice. Nous signalons seulement la question pour le moment, nous réservant de la reprendre plus loin, quand nous étudierons la matière des procès.

Si favorable que soit pour la femme l'exception à l'incapacité provenant de la Loi de 1907, elle ne le lui est pas encore autant que celle résultant du mandat tacite. Nous avons vu que cette institution, aussi heureuse pour le mari que pour sa compagne dans les conditions ordinaires de la vie, était susceptible de devenir, en cas d'absence du chef du ménage, un organisme de protection très sérieux pour sa conjointe : en une telle occurrence, il lui fournit le moyen pratique de vivre. C'est précisément à raison de cet intérêt, et pour assurer en toutes circonstances la subsistance de l'épouse, que la jurisprudence et la doctrine se sont entendues, au risque de vicier les principes de logique et de droit, pour le maintenir en cas de non présence du mari (1), et même de séparation de fait non imputable à la femme (2).

La Mobilisation crée une situation qui, sans s'identifier avec aucune des deux précédentes, présente au moins de

(1) V. p. 246-247.
(2) V. p. 249 et suiv.

l'analogie avec elles. C'est plus qu'une non présence, car l'éloignement du mari ne dure pas quelques jours ni même quelques mois, comme il en est d'ordinaire en cette hypothèse : il se prolonge des années ; ce n'est pas une absence au sens juridique du mot, car il n'y a pas incertitude sur le sort de l'intéressé, mais ça en a l'aspect. D'autre part, ce n'est point non plus une séparation de fait, semblable à celles que la pratique habituelle nous révèle, car elle ne provient ni d'un accord des parties ni de la faute de l'une ou de l'autre : elle est imposée par les circonstances, par une force supérieure à la volonté humaine, par une force majeure. Pourtant nous estimons qu'en une telle occurrence il y a bien, comme nous avons essayé de le démontrer précédemment, une séparation véritable et que la vie commune ne peut pas être considérée comme maintenue. Les mesures particulières prises à raison de la guerre, et destinées à permettre à l'épouse de vivre malgré les conditions nouvelles dans lesquelles elle se trouve placée, viennent à l'appui de cette opinion (1).

Dès lors qu'il y a séparation et qu'elle ne résulte en rien de la volonté active ou passive du mari, il est naturel de présumer que celui-ci n'a pas entendu révoquer les pouvoirs détenus par sa femme avant son départ ; rien ne révélant un changement de ses dispositions à l'égard de sa compagne, les facultés de cette dernière doivent rester ce qu'elles étaient par le passé (2). Jamais ce pouvoir ne lui aura été plus utile qu'en ce moment ; laissée seule au foyer, il lui faudra subve-

(1) En ce sens : la loi du 3 juillet 1915, permettant à la femme de se faire autoriser par justice et d'exercer provisoirement la puissance paternelle.

(2) C'est en ce sens que se décide le rapporteur de la Loi du 3 juillet 1915. V. *Rapport* PAUL MEUNIER, *J. Off.*, 1915, *Doc. parl.*, Chambre, p. 512. — *Adde* WAHL, *Droit civil et commercial de la guerre*, t. I, N° 370, p. 355.

nir elle-même à ses besoins et à ceux de ses enfants ; elle ne pourra plus compter sur l'aide de son mari ; elle ne pourra plus davantage obtenir rapidement — quand ce ne sera pas plus du tout — les autorisations maritales auxquelles, sans cet organisme, elle devrait recourir pour assurer l'existence quotidienne. Jamais non plus ce pouvoir n'aura mieux cadré avec la notion de mandat que l'on met à sa base, notion arbitraire dans les autres cas et qui prend ici une vraisemblance très plausible : il est tout à fait logique de supposer, en effet, que le mari s'en allant ait entendu confier à son associée la direction du ménage ; il sait bien que durant son absence quelqu'un doit pourvoir à l'entretien de celui-ci ; et il n'est pas téméraire de présumer qu'il compte, pour ce faire, sur celle à qui il a lié sa vie.

Toutefois, comme le mobilisé n'a pu prévoir la durée de son éloignement, renoncer par avance à ses droits de chef, et se livrer à la discrétion de sa femme, cette supposition de volonté ne vaut que pour un temps. Au delà d'une limite raisonnable où l'absence cesse d'être momentanée pour prendre un caractère durable ou même permanent, l'intention primitive non renouvelée est périmée. Sa force est celle que l'usage permet. Bonne pour un délai normal, elle défaille une fois celui-ci expiré. A dater de là le mandat tacite ne sera plus reçu que si et dans les cas où les circonstances le rendent admissible. Hors de ce domaine, c'est inéluctablement vers le droit propre que l'on devra se tourner pour fonder le pouvoir indispensable de l'épouse.

Au reste il ne faudrait pas exagérer l'utilité que le mandat tacite est susceptible de présenter dans les conjonctures actuelles. D'ordinaire son avantage principal provient du crédit qu'il procure à la femme : les commerçants avec qui celle-ci traite pour les besoins du ménage, sachant par l'usage qu'elle

représente son mari, n'hésitent pas à lui livrer les marchandises et à exécuter les travaux qu'elle commande, sans exiger leur acquittement préalable : si le nom que porte la cliente leur est connu, ils n'éprouvent aucun scrupule à la satisfaire, certains qu'ils sont d'obtenir de son mari la rémunération convenue. La perturbation que la guerre a jetée dans le commerce comme dans toutes autres choses, a changé les pratiques coutumières ; les opérations à crédit ont cessé dans bon nombre de cas où elles étaient jadis la règle ; l'incertitude du lendemain, le risque que court toujours un individu présent aux armées, le peu de sécurité qu'offre la plupart du temps sa situation exposée à tous les aléas de la guerre, ont fait revenir momentanément le commerce au régime du paiement au comptant. Dans ces conditions la femme ayant besoin d'argent disponible pour pourvoir à son entretien, le mandat tacite ne sera plus d'un aussi grand secours pour elle. Ainsi, au moment où cette institution trouve des possibilités d'application nouvelle, elle rencontre d'autre part des obstacles s'opposant à son fonctionnement normal.

Néanmoins, dans les occasions où il est possible, le mandat tacite jouera son rôle, malgré la mobilisation du mari et la séparation qu'elle amène entre les époux. On conçoit même, étant donné les conditions spéciales de l'existence, qu'il reçoive une extension et qu'on fasse appel à lui dans d'autres occurrences que celles du temps de paix (1). En général on n'y

(1) Cf. WAHL, *op. cit.*, t. I, N° 372, p. 357-358, qui est d'avis au cas où le mari est prisonnier ou demeuré en pays envahi d'admettre une large extension du Mandat tacite, et de permettre à la femme de l'utiliser pour engager toutes dépenses nécessaires à son existence, louer ses services (en ce cas il nous semble qu'il serait plus juste de parler d'autorisation tacite), exploiter le commerce du mari, même en fonder un nou-

recourait que pour permettre à la femme d'assurer la vie du ménage et de passer seule tous les actes indispensables à cet effet. Pour le surplus, pour les opérations dépassant la sphère de l'activité journalière, le mari était là pour y parer. Qu'elles deviennent nécessaires actuellement, alors qu'il est loin de son foyer, il ne pourra plus les accomplir ; et sa femme n'aura pas autorité pour les faire à sa place. Ce sont, par exemple, des actes concernant la communauté ; le mari qui a l'administration de cette dernière est seul qualifié pour les réaliser ; en conséquence faudra-t-il renoncer à les effectuer, malgré leur urgence ?

Puisque l'on admet cette idée de mandat tacite, ne serait-ce pas le moment de l'appeler à l'aide, pour permettre à la femme, gardienne du ménage, de faire ce que les circonstances réclament, et cela par représentation de son mari afin de ne pas violer la règle de l'article 1421 ? La jurisprudence avait admis déjà avant la guerre, sous l'influence des nécessités de la pratique, que le mari pouvait donner mandat à sa femme d'administrer les biens de la communauté (1). Rien de plus naturel ; le titulaire d'un droit peut, lorsqu'il n'a pas le moyen de le faire valoir personnellement, confier à un tiers la charge de le mettre en œuvre pour lui. Il n'y avait là rien de contraire à l'article 1421, ni à l'article 1388 : le mari, par cette convention, n'abdiquait en rien ses prérogatives ; bien au contraire, en priant sa femme de les exercer à sa place, il montrait qu'il s'en considérait toujours comme détenteur et qu'il entendait demeurer tel ; il les utilisait seulement de la façon la plus commode pour lui. C'était donc au nom de son

veau (n'est-ce pas encore ici une autorisation tacite ?), donner ou prendre un immeuble à bail, toucher les sommes dues au mari.

(1) En ce sens : Orléans, 8 juin 1894, D. 96.2.334.

mari, et non au sien, que la femme administrait. Elle avait une procuration et non un pouvoir propre.

Cette solution du temps de paix, quoique avantageuse déjà et pouvant trouver application en temps de guerre, ne suffirait plus toutefois pour répondre à toutes les exigences, d'une époque aussi troublée. Le mari, appelé en hâte à l'armée, n'aura pas eu le loisir de confier à sa femme le mandat de prendre soin des affaires communes ; peut-être, peu familiarisé avec les choses du droit, n'aura-t-il même pas songé à pareille mesure. Et plus tard, lorsqu'il deviendra urgent d'accomplir un acte, sa compagne ne disposera souvent pas du délai nécessaire pour solliciter procuration de sa part, ou se trouvera dans l'impossibilité matérielle de communiquer avec lui, et, par suite, d'obtenir les pouvoirs indispensables. Dès lors, ou l'acte sera effectué, et, selon les principes rigoureux du droit, il sera nul, ou il ne le sera pas, et ce sont les affaires communes qui en pâtiront. L'intérêt des deux époux étant que celles-ci soient sauvegardées, est-il téméraire de supposer que l'intention du mari en une telle circonstance est que sa femme prenne en mains la gestion de la communauté, et assure l'administration de la masse conjugale, comme elle le fait pour le ménage ? Il est permis d'estimer que non (1). Aussi les engagements pris par elle relativement aux affaires communes seront valables et lieront le mari : c'est celui-ci qui sera censé les avoir passés (2).

Ce qui est vrai des affaires communes peut l'être également des affaires propres du mari. Si ce dernier était à la tête d'un commerce et qu'il ait été obligé de l'abandonner pour rejoindre l'armée, on conçoit parfaitement que l'on considère

(1) En ce sens : Trib. de paix de Cambrin (P.-de-C.), 5 avril 1916, Phily, 1915.1, N° 923.

(2) V. WAHL, *op. cit.*, t. I, N° 372, p. 358.

sa femme, tenant l'établissement à sa place, comme sa mandataire (1).

A l'inverse la jurisprudence fait parfois intervenir cette notion du mandat tacite dans les affaires de la femme elle-même. Nous avons vu précédemment des exemples de cette confusion. En est-ce un nouveau cas que l'espèce suivante mise à jour par la jurisprudence de la guerre ? — Une femme

(1) En ce sens : Trib. de la Seine, 23 sept. 1916, *Gaz. des Trib.*, 9 nov. 1916.

Cette décision considère la femme gérant le commerce de son mari comme la préposée de celui-ci. Ce nous semble être inexact, surtout en l'espèce. Peut-on dire vraiment que le mari prépose sa femme à la direction de son commerce quand il la charge provisoirement de le conduire à sa place. Préposer, c'est investir quelqu'un d'une fonction, et cela à la suite d'un choix (V. Colin et Capitant, t. II, p. 383). Le mari fait-il un choix ? Non, précisément ; il ne cherche point : il fait confiance à sa femme et c'est tout. A plus forte raison, la femme ne paraît pas être une préposée quand elle s'est immiscée d'elle-même dans les affaires du mari, pour répondre à la volonté probable de celui-ci. D'autre part, le préposé est un agent, subordonné à son maître, subordination qui se révèle par le salaire qu'il reçoit soit de lui, soit, grâce à lui, des clients. Il n'y a rien de semblable dans la situation de la femme ; sans doute elle est soumise à son conjoint, seulement sa condition ne repose pas sur un contrat de louage de services : c'est un tout autre principe qui la fonde. Certes, elle est placée pour tout ce qui concerne les affaires du mari sous la direction de celui-ci ; mais ce n'est là qu'une conséquence du mandat, le mandataire n'étant que le porte parole du mandant. De plus, elle n'est en rien rémunérée de son office ; c'est là une caractéristique du mandat. Dès lors on ne saurait dire, au point de vue professionnel, que son mari est son maître. Enfin, de droit commun, l'article 1384, à raison de l'exception qu'il consacre, est strictement limitatif, et ne permet pas de rendre le mari responsable des dommages de sa femme (V. sur ce point Colin et Capitant, t. II, p. 377).

Donc la femme gérant le commerce de son mari est mandataire et non préposée. En conséquence le mari ne supporte pas, de ce fait, les dommages qu'elle cause (V. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 708). Et il ne doit pas les supporter du tout, les délits et quasi-délits de la femme ne sont pas à la charge de la communauté, ni par suite du mari (art. 1424, C. civ.). Ce sont là des dettes personnelles à la femme. Il ne répondrait, en tant que mandant, que des dommages résultant d'une gestion conforme au pouvoir reçu ou présumé.

mariée signe seule des marchés à forfait pour l'exécution de certains travaux. La validité de ces forfaits est ensuite contestée, le mari, mobilisé, n'y ayant pas apposé sa signature. Seulement les faits de la cause montrent qu'il avait eu connaissance de ces travaux, que sa compagne et lui les avaient projetés ensemble, et qu'en conséquence cette dernière avait agi avec l'approbation et l'assentiment de son conjoint. Ces forfaits seront-ils alors exposés à la nullité ? Non, déclare le Tribunal de la Seine, juge de la question, car « si l'autorisation maritale est soumise aux termes de la loi à des formes déterminées, il n'en est point ainsi lorsque la femme a agi en vertu d'un mandat tacite conféré par le mari (1). »

Qu'est-ce à dire ? Quel rôle la femme tenait-elle ? Intervenait-elle en son nom ou en celui de son mari ? Gérait-elle ses affaires propres ou celles de la communauté ? Telle est la question qui se pose et que le tribunal de la Seine ne résout pas. Elle est pourtant d'un intérêt capital pour la solution du point en litige. Les juges, en décidant que si l'autorisation maritale est soumise aux termes de la loi à des formes déterminées, il en est autrement lorsque la femme a agi en vertu d'un mandat tacite conféré par le mari, semblent dire que c'étaient les intérêts de la femme qui étaient en jeu (car c'est pour ceux-là seuls que l'on peut parler d'autorisation), et qu'en certaines circonstances, telles celles de l'espèce, l'autorisation est dispensée des formes ordinaires. Mais si c'est vraiment ce que le Tribunal de la Seine a entendu exprimer par cette phrase équivoque et ambiguë, si c'est vraiment

(1) V. Tribunal de la Seine, 6 juin 1916, *Gazette des Tribunaux*, 18 novembre 1916. Cf. sur cette question Wahl, *op. cit.*, t. I, N° 371 p. 356, qui interprète ce jugement d'une manière différente.

l'autorisation sans formes qu'il a entendu consacrer (1), il y a là une erreur de droit manifeste.

Non pas que nous veuillions dire qu'il y ait là une dérogation à la règle de l'autorisation tacite, celle-ci ne pouvant résulter que du concours du mari dans l'acte. Non, c'est une théorie que nous avons combattue précédemment et dont la discussion nous a permis d'indiquer nos préférences : une extension de la doctrine traditionnelle, et la reconnaissance d'une autorisation tacite générale, aux sources multiples comme les circonstances elles-mêmes qui en fournissent les éléments.

L'erreur, ce serait de laisser croire que l'autorisation puisse être donnée sous la forme d'un mandat tacite. D'abord c'est d'une terminologie défectueuse que de parler d'un mandat tacite conféré par le mari, comme le fait le Tribunal de la Seine : par cela même que le mandat est tacite, il n'est pas conféré : c'est élémentaire. Ensuite, et c'est ici l'important, parler d'une autorisation tacite intervenue sous forme de mandat, c'est faire une confusion fondamentale. Autorisation et mandat sont choses essentiellement distinctes et se référant à des domaines tout différents : chacune a le sien propre ; l'une ne peut à loisir empiéter sur celui de l'autre. L'autorisation se rapporte aux actes qui mettent en œuvre les droits de la femme en personne, celle-ci traitant en son nom propre, et s'obligeant sans engager son mari qui l'autorise ; le mandat se rapporte aux actes qui mettent en œuvre les droits du mari, la femme traitant au nom de ce dernier et l'obligeant sans s'engager elle-même (2). De sorte

(1) En ce sens : Voir notes sous le jugement, dans *Gaz. Trib.*, 18 novembre 1916.

(2) Cf. LAURENT, t. III, N° 112. — *Adde* la note sous Cass., *Req.*, 6 août 1878, S. 79.1.65.

que la femme n'a pas le choix du moyen à employer ; c'est l'opération qu'elle doit accomplir qui fixera le régime à suivre. C'est poser une pétition de principe démentie par l'analyse que de proclamer : l'autorisation maritale échappe aux formes déterminées lorsqu'elle se présente sous l'aspect d'un mandat tacite. Si l'autorisation peut résulter d'autres circonstances que celles prévues par la loi et revêtir la forme tacite, elle ne saurait emprunter la structure du mandat. Autorisation et mandat sont deux institutions qui s'excluent ; le résultat de l'une ne peut être obtenue au moyen de l'autre. Ce qui a amené la jurisprudence à faire cette confusion, fréquente chez elle (1), c'est que les faits d'où elle induit l'existence de ce prétendu mandat tacite sont tels qu'ils pourraient tout aussi bien — et même mieux — fonder une autorisation tacite, si les interprètes n'étaient retenus par leur volonté de maintenir le régime restrictif traditionnel.

En l'espèce que devait-il intervenir : une autorisation ou un mandat ? Il est assez difficile de le dire, le Tribunal de la Seine ne nous indiquant pas quel patrimoine était en jeu. Était-ce celui d'une femme mariée sous un régime lui réservant l'administration de tout ou partie de ses biens (Séparations de biens ; Régime dotal quant à ses paraphernaux ; tout autre régime quant aux biens dont elle aurait conservé l'administration (art. 1449 C. Civ.)) ? En ce cas une sous distinction s'impose, selon qu'il s'agit de travaux de conservation ou d'amélioration. Les premiers rentrant dans la notion des actes d'administration, et la femme ayant capa-

(1) V. Paris, 5 janvier 1904. D. 1905.2.249. — V. de même pour la période de guerre: Trib. de Langres, 20 avril 1916, *Recueil des Sommaires*, Phily, 1915-1916, N° 1174. — *Adde* Trib. de Châteaubriant, 21 avril 1916, Phily, *loc. cit.*, N° 1173.

cité pour faire ceux-ci sans aucune autorisation, elle aura pu valablement signer seule les forfaits y relatifs. Les seconds dépassant cette mesure, et par là même la capacité de l'épouse, à la charge de qui ils créent une obligation personnelle qu'elle ne peut contracter sans autorisation, la femme n'aura pu valablement souscrire seule les forfaits les concernant. — Était-ce le patrimoine d'une femme mariée sous un régime donnant au mari l'administration de ses biens propres (Régime exclusif de Communauté ; Régime dotal pour les biens constitués en dot ; Communauté pour les biens personnels de la femme) ? En ce cas, le mari ayant seul le droit d'administrer et concentrant tous les pouvoirs en ses mains, la femme est incapable de faire aucun acte sans autorisation. Qu'il s'agisse d'actes de conservation ou d'amélioration, c'est, en principe, le mari qui a seul qualité pour les accomplir : le Code le constitue administrateur légal du patrimoine de sa compagne. Dès lors celle-ci ne peut plus faire aucun acte relatif à ses biens qu'en vertu d'une procuration de son conjoint, soit expresse, soit tacite. En une telle hypothèse, le fondement du pouvoir de la femme ne peut être qu'un mandat ; elle contracte au nom du mari, titulaire de la gestion, et non au sien, puisqu'elle est dépourvue de droit : il n'y a donc pas place pour l'autorisation. — Était-ce enfin le patrimoine de la Communauté ? Le mari ayant la haute main sur lui et le dirigeant seul, la femme ne saurait jamais s'en occuper que comme mandataire de son époux.

Au quel de ces trois patrimoines se réfère le jugement du Tribunal de la Seine? Étant donné l'attitude de la femme dans l'affaire, les initiatives qu'elle avait prises (c'est elle qui avait sollicité de l'administration les autorisations de voirie exigées en matière de construction ; c'est elle qui avait versé des acomptes à l'entrepreneur), il semblerait qu'il fut

question des biens propres de la femme. Mais alors ce n'est qu'au cas où elle s'en serait réservé l'administration, et qu'il s'agissait de travaux dépassant cette limite, ce que les sommes en jeu ne permettent pas de préciser, qu'il lui eût fallu une autorisation (car pour les travaux d'entretien, même de grosses réparations, elle a pouvoir de les faire seule) ; le Tribunal de la Seine commettrait donc une erreur en parlant en l'espèce d'un mandat, celui-ci ne pouvant intervenir que si le mari avait eu l'administration de ces biens. Sous la dénomination de mandat, nous aurions ici réellement un cas d'autorisation tacite, et un cas dépassant les conditions posées à ce sujet par le Code. Ce serait un nouvel exemple d'autorisation tacite resultant, en dehors du concours du mari à l'acte tel que l'entendent les interprètes, de sa connaissance des choses et de son assentiment.

Seulement d'autres indications fournies par le jugement nous laisseraient croire que l'affaire concernait les biens communs. Les juges nous montrent que les époux avaient tous deux projeté de faire exécuter les travaux ; ils nous déclarent que si le mandat tacite ne se réfère ordinairement qu'aux acquisitions nécessaires à la vie du ménage, il peut également s'appliquer à d'autres tractations. Cette comparaison entre les actes quotidiens qu'impose l'existence commune et certains autres moins fréquents, paraît révéler une pensée préoccupée des affaires de la communauté. D'autant plus que le Tribunal ajoute qu'il convient « d'étendre les attributions des femmes », et de leur permettre « de se substituer aux hommes ». Où le feront-elles ? Dans la gestion du patrimoine commun. De sorte que la femme signant ces forfaits aurait bien agi pour le compte du mari, administrateur de la masse, et que celui-ci, ayant été tenu au courant des projets et de leur réalisation, devrait être considéré

comme lui ayant confié la mission de les mener à bonne fin : il y aurait là véritablement un mandat tacite. En conséquence la seule signature de la femme sur les forfaits suffirait à les rendre valables, puisqu'ils seraient censés avoir été passés par le mari lui-même. Nous nous trouverions donc simplement en face d'une nouvelle application du mandat tacite, application qui ferait un peu sortir cette institution de son domaine ordinaire, mais qui n'a rien d'anormal et cadre avec la logique comme avec les principes.

Quoi qu'il en soit de cette décision, qu'elle consacre une autorisation ou un mandat, elle nous montre que la jurisprudence, poursuivant son œuvre, continue ses efforts pour combler les lacunes de la loi et satisfaire les nécessités de la pratique. Dans ce but elle utilise volontiers, ainsi qu'en témoignent les espèces relevées plus haut, cette notion du mandat tacite. Elle en use avec une grande liberté, souvent sans une critique suffisante. Qu'un acte de la femme leur semble mériter protection, les juges se tournent aussitôt vers le mandat tacite, et s'ingénient à la lui accorder avec son aide : peu importe que l'idée de mandat soit absente ou ne puisse s'appliquer ; la notion qu'ils invoquent permet, à raison de son imprécision même, d'embrasser les hypothèses les plus variées. Comme on l'a très bien dit, « le mandat tacite apparaît comme la panacée universelle destinée à concilier les pouvoirs légaux du mari avec l'activité de fait de l'épouse (1) ». Le résultat est bon sans doute, et à l'avantage de l'épouse, quoi qu'au fond ce ne soit pas lui reconnaître des attributions propres, comme incline à le dire le Tribunal de la Seine, que de la faire agir en vertu d'un mandat tacite : c'est au contraire nier son pouvoir personnel, puisque c'est

(1) V. Binet, Note sous Paris, 5 janvier 1904, D. 1905.2.249.

toujours la constituer représentant de son mari, alors même qu'il n'y aurait pas lieu à représentation et que c'est elle qui s'obligerait. Pourtant si, au point de vue des principes, ce jugement n'aboutit pas à réaliser le résultat qu'il se propose, il n'en marque pas moins en fait un progrès.

Qu'il s'agisse, sous le nom de mandat, d'une autorisation tacite, et voilà celle-ci admise dans un cas nouveau. Jusqu'ici elle n'avait été reçue par la jurisprudence qu'en ce qui concerne l'habilitation de la femme à entreprendre une profession, acte qu'il n'est pas d'usage de passer par écrit ; la voilà ici acceptée pour un contrat qui n'a plus ce caractère fréquent, indispensable à l'existence, pour lequel un écrit peut-être dressé, pour lequel même un écrit avait été dressé et ne portait que la signature de la femme seule : enlevons la suscription erronée de mandat qui la couvre, et nous avons une véritable autorisation tacite. En une telle circonstance, l'exception à la nécessité de l'autorisation n'existe pas, si l'on veut ; au contraire, l'autorisation apparaît bien, en dernière analyse, comme maintenue et assurée : seulement elle a pris une forme qui n'a plus rien de celle imposée par le Code et qui lui donne le caractère d'un simple consentement. L'identité entre le droit commercial et le droit civil s'accentue ; sous la pesée du commerce et de la vie économique le formalisme s'assouplit de plus en plus : la guerre est venue montrer une fois encore qu'il devait céder.

Qu'il s'agisse réellement d'un mandat tacite, et cette décision n'en attribue pas moins à la femme, sinon des pouvoirs plus étendus, du moins un rôle de fait plus développé. Elle est admise, en l'absence de son mari, et sans que ce dernier lui en ait confié le soin, simplement en se basant sur l'intention probable de son conjoint, et aussi sur leur mutuel intérêt, à prendre en mains la gestion des biens communs et à traiter

pour leur administration. C'est la consécration, dans le silence du Code, d'une solution équitable et logique, favorable aux deux époux, faisant confiance à la femme et lui reconnaissant les aptitudes nécessaires pour tenir, en cas de non présence de son associé, un poste auquel la nature comme la raison, l'honnêteté comme la justice, l'appellent sans conteste. Sans doute, ce résultat n'est encore obtenu que par un procédé détourné ; mais il ne constitue qu'une étape : son adoption ouvrira la voie à la réforme législative qui transformera l'état de fait en état de droit.

SECTION II

EXCEPTIONS A LA NÉCESSITÉ DE L'AUTORISATION ÉMANANT DU MARI

Si l'obligation imposée à la femme du mobilisé d'obtenir une autorisation constituera une gêne pour elle, la nécessité de la solliciter de son mari en sera une bien plus grande encore : cette exigence pourra même très souvent réduire l'épouse à l'impuissance. Comment parviendra-t-elle, en effet, à se faire accorder cette habilitation, alors qu'elle se trouve peut-être pour le moment sans nouvelles de son conjoint, qu'elle ignore son adresse, et n'a pas possibilité de communiquer avec lui ? Comment, en tous cas, se la fera-t-elle accorder à temps, alors que son mari est retenu loin d'elle, et que toute correspondance avec lui est difficile et lente ? Continuer, quand les conditions de son existence se sont complètement modifiées, à imposer à la femme cette obligation comme à l'heure de la paix, ce serait

la soumettre à un régime impraticable : étendre ainsi le droit commun en dehors de son champ normal d'application, ce serait en définitive aboutir à un système d'exception. Ce serait, en outre, une doctrine d'une rigueur tout à fait disproportionnée. L'esprit du Code veut que les prérogatives du mari soient respectées, non que celui-ci les exerce toujours lui-même. Le législateur de 1804 nous a donné précisément des exemples de circonstances où le chef de l'union ne pouvant mettre personnellement ses droits en œuvre, une autre autorité est appelée à le remplacer : il en est de la sorte dans les hypothèses de son emprisonnement ou de son absence (art. 221 et 222 du Code civil).

Le Code, bien qu'issu d'une période de guerre, n'a pas prévu le cas, qui devait être fréquent pourtant alors, où le mari serait retenu aux Armées. Comme ce dernier n'est pas à même, en une telle occurrence, d'utiliser ses pouvoirs, et que rien n'a été organisé pour suppléer à son empêchement, il en résulte une situation défavorable pour la femme. Comment y remédier ? Le silence du Code n'indique-t-il pas que c'est là une espèce toute simple, et qu'il suffit pour la résoudre de faire appel au droit commun, c'est-à-dire à l'article 222 ? Celui-ci engloberait sous l'expression « absent » tant l'absence proprement dite que la non présence. Mais c'est là une théorie qui, nous l'avons vu, n'avait pas prévalu en temps de paix (1). Dès lors il importait de pourvoir à cette lacune. C'est ce que, sous l'empire des besoins pratiques, le législateur, après presque un an d'hostilités, s'est avisé de tenter : de là la loi du 3 juillet 1915, dans ses articles 1 et 3. Loi qui pour nous était inutile, l'article 222 entendu rationnellement suffisant à régler cette matière. Le législateur s'est

(1) V. dans le même sens du refus, WAHL, *op. cit.*, t. I, N° 358, p. 347.

rendu à l'opinion qui dominait en fait et s'est surtout borné à imiter les précédents de la guerre de 1870 (Décret du Gouvernement provisoire du 14 décembre 1870).

C'est là un texte que nous avons déjà eu l'occasion d'examiner à un autre point de vue, lors de notre étude de la puissance paternelle, et spécialement de son exercice momentané par la mère (1) (art. 2 de la dite loi). Les conditions d'application des mesures prévues par cette disposition sont les mêmes dans un cas comme dans l'autre : les ayant notées précédemment, nous n'aurons plus ici qu'à les reprendre en peu de mots.

Remarquons tout d'abord que cette loi du 3 juillet 1915 qui permet, à raison de l'état de guerre, de substituer l'autorisation de la justice à celle du mari empêché, ne joue pas d'une façon générale et absolue. C'est une observation que nous avons déjà faite jadis (2). Quoi qu'en dise l'intitulé de la loi, déclarant modifier « pendant la durée de la guerre les dispositions légales relatives à l'autorisation des femmes mariées en justice », le texte n'a pas une portée aussi large. Il ne s'applique pas par cela seul que l'état de guerre existe : il ne suffit même pas pour qu'il entre en jeu que la guerre ait atteint le mari de la femme à autoriser, c'est-à-dire l'ait appelé à l'armée, et en conséquence placé dans des conditions plus difficiles pour exercer son autorité (3). L'article 1er vient tout de suite restreindre l'empire de la réforme : la femme ne peut solliciter l'autorisation de justice qu'autant qu'elle est dans l'impossibilité dûment constatée d'obtenir l'autorisation maritale par suite de la guerre.

(1) V. p. 221 et suiv.
(2) V. p. 225 et suiv.
(3) En ce sens : *Rapport* au Sénat, Guillier, *J. Off.*, 1915, *Doc. parl.*, Sénat, p. 43.

A. — *Conditions de l'Habilitation Judiciaire*

De la formule précédente ainsi que de celle de l'article 3, trois conditions se dégagent nettement :

1° Il faut que la femme soit dans l'impossibilité d'obtenir l'autorisation de son mari, et impossibilité provenant de la guerre (art. 1). L'origine de l'impossibilité prise en considération est donc délimitée ; seulement, dans cette mesure, l'obstacle peut résulter d'une source ou d'une autre. Comme nous l'avons indiqué antérieurement, cette expression vise surtout le cas du mari mobilisé et que sa situation militaire empêche de donner les habilitations nécessaires ; — cet empêchement pouvant d'ailleurs être absolu et correspondre à une impossibilité matérielle d'obtenir son consentement (ainsi si le mari laisse sa femme dans l'ignorance de son adresse, s'il est gravement malade, grièvement blessé, disparu, captif), — ou relatif et correspondre à une très grande difficulté à obtenir le dit consentement, à un retard préjudiciable (ainsi si le mari se trouve en une région que les combats rendent momentanément d'un accès pénible et très lent, s'il est retenu sur un front lointain, à l'étranger, aux colonies, à la mer) (1).

Mais le terme dont s'est servi le législateur, « impossibilité par suite de la guerre », étant général, il peut comprendre aussi le cas du mari resté dans les départements envahis ou emmené comme otage par l'ennemi, et dont la femme serait venue en territoire libre, y serait demeurée, ou y aurait été rapatriée.

Nous nous sommes expliqué sur tout cela au chapitre *De*

(1) En ce sens le rapporteur au Sénat. V. *Rap.* Guillier, *J. Off.* 1915, *Doc. Parl.*, Sénat, p. 43.

la Puissance Paternelle : les considérations fournies alors valent ici également : inutile de les répéter (1).

2° Il faut qu'il y ait urgence pour la femme à accomplir l'acte requérant autorisation (art. 3), c'est-à-dire il faut qu'il y ait péril en la demeure, que l'inexécution de l'opération ou l'attente de l'habilitation maritale soient de nature à porter atteinte sérieuse aux intérêts de l'épouse. C'est une question de fait, que les tribunaux tranchent à leur gré, selon le droit commun (2).

3° Il faut que la justice ait reconnu l'impossibilité de la femme à obtenir l'autorisation de son mari, et l'urgence de l'acte qu'elle désire passer (art. 1 et 3).

B. — Quel sera le rôle de la Justice à cet égard ?

En matière de puissance parentale, nous l'avons dit (3), le juge a uniquement pour mission d'examiner si les conditions mises par la loi à l'exercice provisoire de l'autorité par la mère, se trouvent réunies. C'est un simple pouvoir de contrôle : le droit de la mère prenant son fondement dans l'article 2 de la loi du 3 juillet 1915, application elle-même du principe de l'article 372 du Code Civil, et lui donnant toute faculté d'agir pourvu que les conditions imposées soient remplies, le juge n'a pas à l'habiliter. Ici, au contraire, la femme se présente, au regard de l'opération à conclure, comme une incapable : il ne s'agit plus seulement de savoir si son intervention satisfait aux exigences du législateur ; il faut encore, une fois cela réalisé, lui donner l'autorisation

(1) V. p. 226-227. — *Adde* WAHL, *op. cit.*, t. I, N° 863, p. 350.
(2) V. p. 231. V. aussi *Rapport* à la Chambre, PAUL MEUNIER, *J. Off.*, 1915, *Doc. parl.*, Chambre, p. 512. — *Adde* WAHL, N° 363, p. 351-352.
(3) V. p. 233-234.

d'agir, d'exercer son droit. La tâche du juge ne consiste plus en une simple surveillance ; elle lui confère un rôle actif : il tient près de la femme la place du mari : il donne son assentiment à l'acte projeté, et la rend apte en droit.

C. — Comment la Femme obtiendra-t-elle cette Habilitation ?

La loi nous le dit : Elle se pourvoira conformément à l'article 863 du Code de Procédure. Il lui suffira donc de présenter requête au Président du Tribunal civil, qui pourra être, selon la loi du 6 février 1916, art. 3, celui de sa résidence ; après communication au Ministère public et rapport du juge commis par le Président, le tribunal prendra sa décision sans autre formalité.

Procédure expéditive par conséquent, qu'il était indispensable d'admettre ici puisque précisément on veut remédier aux nécessités urgentes. Mais procédure dérogatoire au droit commun, car l'article 863 vise le cas d'absence déclarée ou présumée ; or l'article 1er de la loi de 1915 embrasse toute une série d'hypothèses diverses, les unes révélant une incertitude sur le sort du mari, les autres, plus nombreuses, théoriquement tout au moins, n'en montrant aucune, et consistant seulement en une impossibilité ou une difficulté de communication. Certes, on ne pouvait songer à appliquer ici le droit commun, c'est-à-dire l'article 861 du Code de Procédure : les formalités qu'il impose eussent été inopérantes : la femme n'a pas la possibilité de faire sommation à son mari, ni de le faire citer ; il fallait, de toute évidence, un système plus adéquat aux besoins pratiques. Néanmoins remarquons que l'on traite la simple non présence, l'absence courante, comme l'absence juridique. Et cela nous porte alors à nous

poser une question : n'aurait-on pas dû, pour être logique, agir de même en matière de puissance paternelle, et renvoyer sur ce point à la réglementation prévue par le Code pour le cas d'absence du père ? On eut ainsi prévenu des difficultés et érigé un système harmonieux.

D. — Quel sera l'effet de cette Autorisation ?

Tout d'abord et selon la règle de la spécialité (1), elle n'aura d'effet que pour l'acte qu'elle vise : celui-là sera permis et celui-là seul (2). Quant à l'effet produit, ce sera celui de droit commun : l'autorisation rendra valable l'obligation passée par la femme, laquelle, sans cela, serait exposée à la nullité. Et c'est tout. Comme toute habilitation émanant de justice, elle n'aura pas pour conséquence d'obliger les biens de la Communauté (art. 1426 du Code civil)(3). La femme seule sera tenue, et encore ne le sera-t-elle, durant la communauté, que sur la nue-propriété de ses propres. C'est le droit commun qui s'applique.

Mais l'article 1427 du Code Civil prévoit deux hypothèses, dont une seule est susceptible de fonctionner ici, où la Communauté est obligée par la dette de l'épouse, bien que celle-ci n'ait agi qu'avec l'autorisation de justice. C'est l'hypothèse où, son conjoint étant absent, la femme constitue une dot à l'un de ses enfants. En une telle occurrence l'habilitation du juge équivaut à celle du mari, et les biens communs sont engagés par l'acte de la mère.

(1) En ce sens COLIN et CAPITANT, t. I, p. 629.

(2) En ce sens Trib. civil de Langres, 20 avril 1916, *Journal du Notariat*, 1916, p. 372. — WAHL, *op. cit.*, t. I, N° 368, p. 355.

(3) En ce sens *Rapport* PAUL-MEUNIER, à la Chambre, *J. Off.*, 1915, *Doc. parl.*, Chambre, p. 512. — WAHL, *Rev. Droit civ.*, 1915, p. 665. — *Ibid., op. cit.*, N° 368, p. 355.

Que décider au cas où la femme se trouve par suite de la guerre dans l'impossibilité d'obtenir l'autorisation maritale? Il semblerait logique d'étendre la solution de l'article 1427 : les raisons qui ont fait admettre cette dérogation existent ici : le mariage de l'enfant peut être urgent, à raison surtout des circonstances : les fiancés peuvent avoir hâte de régler leur union et leur avenir. D'autre part la procédure que la femme utilisera pour obtenir l'autorisation de justice sera celle prévue pour le cas d'absence du mari (art. 863 du Code de Procédure). Il semble donc qu'il y ait lieu de poursuivre l'assimilation commencée par le législateur lui-même entre l'absence et cette non présence spéciale résultant de la guerre. Enfin l'intervention du juge est une garantie et écarte les craintes de danger.

Cependant la décision de l'article 1427 du Code Civil étant une exception au droit commun, et celles-ci étant d'interprétation stricte, il semble préférable de ne pas l'étendre à une hypothèse analogue et non identique. D'un autre côté le silence du législateur sur ce point ne montre-t-il pas qu'il n'a eu aucunement l'intention de modifier les principes. Or ceux-ci, d'après l'opinion commune (1), ne pouvaient, déjà avant la guerre, s'appliquer, à côté de l'absence proprement dite, c'est-à-dire déclarée, au cas de disparition du mari. *A fortiori*, quoique ce résultat soit regrettable à raison de la longueur des hostilités, la même réserve doit-elle être admise en notre matière où il ne s'agit même pas toujours de disparition.

Observons d'ailleurs que cette situation n'est pas susceptible de se présenter très fréquemment : il sera plutôt rare que l'enfant se mariant ait encore son père sous les drapeaux.

(1) V. en ce sens Colin et Capitant, t. III, p. 112 et 113.

Néanmoins l'espèce n'est pas impossible : c'est pourquoi nous avons tenu à la signaler.

***

Telle est l'exception que la loi du 3 juillet 1915 est venue apporter, sous l'empire des circonstances, à la règle de l'autorisation de la femme par le mari : l'impossibilité pour l'épouse, du fait de la guerre, d'obtenir le concours de son conjoint, lui permettra de solliciter l'intervention du juge. Dérogation que des événements extraordinaires ont obligé à admettre, afin de ne pas réduire la femme mariée à une inaction préjudiciable pour elle, ses enfants, et peut être aussi son mari, — mais dérogation essentiellement temporaire, destinée à disparaître avec la cause occasionnelle qui l'a provoquée. L'intitulé de la loi a soin de marquer que les modifications qu'il annonce n'auront d'application que pendant « la durée de la guerre ». La cessation de celle-ci entraînera en même temps la cessation du régime du texte (1).

On ne peut donc considérer la loi du 3 juillet 1915, malgré les facilités particulières qu'elle accorde à la femme pour passer les actes de la vie juridique, comme un progrès : son règne éphémère l'en empêche. D'ailleurs ce n'est pas dans cet esprit qu'elle a été conçue. Elle n'a pas été élaborée sous l'inspiration d'une idée directrice, mais uniquement sous le souffle des besoins pratiques. Ici, comme en matière de puissance paternelle, on s'est borné à reprendre des dispo-

(1) Toutefois ces dispositions s'appliqueraient même après la fin de la guerre si, à ce moment, le mari n'était pas encore rentré dans ses foyers. C'est le retour de celui-ci qui en marquera le terme. V. WAHL, *op. cit.*, t. I, N° 362, p. 350.

sitions que des nécessités semblables avaient fait éclore dans le passé. Ainsi que l'a constaté le rapporteur du projet de loi devant le Sénat (1), le Gouvernement s'est reporté aux précédents de la guerre de 1870, notamment au Décret du 14 décembre 1870, et a donné à la nouvelle mesure qu'il présentait le caractère temporaire qu'avait l'ancienne.

Il est permis de regretter cette restriction. Les circonstances exceptionnelles révélant avec un éclat tout particulier, par leur ampleur même, l'urgence d'une réforme sur ce point, c'eut été le moment de la tenter. Car enfin l'utilité de la loi ne disparaîtra pas avec la guerre. Des situations qu'elle embrasse, certaines survivront au cataclysme. L'impossibilité de communiquer à laquelle elle a voulu porter remède, peut être absolue sans doute, comme au cas de disparition du mari ; cependant elle peut n'être aussi que relative, et résulter de l'éloignement du chef du ménage et du retard qu'il y aurait à attendre son consentement, en somme de sa non présence. Or des hypothèses de non présence nuisibles à l'épouse se rencontrent à toute époque ; elles se réaliseront peut-être plus encore après la guerre que par le passé, si, comme tout le laisse espérer, la renaissance nationale entraîne une activité économique plus grande et une circulation plus intense. La femme devra-t-elle donc alors, après avoir bénéficié un certain temps d'une amélioration de régime, se contenter de sa condition antérieure, et demeurer inactive, patiente et résignée ? Ce dont on l'a jugée digne un moment, ce qu'on a cru pouvoir imposer au mari un instant, tout cela sera devenu subitement dangereux et malfaisant ? Puisqu'on a estimé préférable de l'adopter un jour, c'est que ce système a des avantages.

(1) V. *Rapport* GUILLIER, *Journ. Off.*, 1915, *Doc. parl.*, Sénat, p. 43.

Pourquoi, en conséquence, de pareilles circonstances se représentant, ne pas l'appliquer également ? Timidité et imprévoyance !

Quoi qu'il en soit, une chose reste acquise : le législateur a reconnu qu'en cas de non présence du mari, la femme doit pouvoir s'adresser à la justice, et sauvegarder ses intérêts. Il exige seulement qu'il y ait urgence, pour ce bon motif que sans cette condition les droits de l'épouse ne seraient pas menacés et seraient en mesure de supporter l'attente. C'est un tempérament raisonnable, et qu'à la rigueur on peut admettre par égard pour la tradition et la préservation de l'autorité maritale telle que l'a conçue le Code.

La solution que l'analyse de la loi de 1915 révèle ainsi, adaptée au cas particulier de la guerre, est celle que nous avions acceptée nous-même d'une façon générale. Précédemment, en étudiant la condition de la femme dont le mari est non présent, nous lui avons reconnu le droit de recourir à l'autorisation judiciaire (1). La décision du législateur de 1915 nous confirme, d'une part que cette opinion n'était pas reçue d'une façon courante en temps normal — ce qui justifie l'attention que nous avons prêtée à la question —, et d'autre part qu'elle correspond à une utilité réelle et satisfait un besoin pratique évident.

Les circonstances, dont certaines, nous le répétons, n'ont rien d'extraordinaire, ont mis la doctrine à l'épreuve, et l'ont fait consacrer. Les événements ont conduit à recourir à elle comme moyen susceptible de régler des situations délicates : l'expérience l'a jugée.

(1) V. p. 261 et suiv.

APPENDICE

SITUATION DE LA FEMME DU DISPARU

Nous voudrions dire maintenant quelques mots de la condition particulière qui est faite à la femme dont le mari, appelé à l'Armée, a disparu à la suite de circonstances de guerre. C'est là une question qui mériterait une étude spéciale et des développements approfondis. Ne pouvant songer à les entreprendre ici, car leur ampleur excéderait les bornes de ce travail, nous nous contenterons d'en donner un bref aperçu.

Qu'est-ce qu'un disparu ? — Est disparu, est-il permis de dire, le militaire qui, en fait et en dehors de toute raison connue, a cessé d'être présent à son corps. Ce n'en est pas pour cela simplement un non présent, c'est-à-dire un individu éloigné du lieu constituant le centre habituel de sa vie, sans que cet éloignement soulève de doute sur son existence. Non. Dans le cas du disparu, il y a quelque chose de plus, un élément nouveau qui s'ajoute au précédent : l'absence de nouvelles du militaire, l'incertitude où l'on est sur son sort. On n'en a plus trace ; on ne sait ce qu'il est devenu, on ne sait s'il est mort ou vif, pour employer le langage de nos anciens.

Cette incertitude sur la destinée d'un individu est une situation qui n'a pas échappé à l'attention des rédacteurs de nos codes : ils l'ont prévue, qualifiée et réglementée. L'article 115 du Code Civil décide, en effet, que la personne qui aura cesse de paraître au lieu de son domicile ou de sa résí-

dence et n'aura pas donné de ses nouvelles depuis quatre ans pourra être déclarée absente : jusque-là son état n'est pas réputé certain, et on ne peut que la présumer absente. Abandon de son centre de vie et défaut de nouvelles, nous retrouvons là les deux éléments que nous avons constatés tout à l'heure dans la disparition. Par suite le militaire disparu n'est-il pas dans la situation d'un présumé absent ? C'est en ce sens que les interprètes se sont prononcés (1).

Dès lors la présomption d'absence commencera après l'expiration, depuis la disparition ou les dernières nouvelles du militaire, d'un temps plus ou moins long : selon le droit commun, c'est là une question de fait dépendant des circonstances. Tout au moins faudra-t-il qu'il se soit écoulé un laps de temps suffisamment étendu pour qu'on ne puisse plus croire à un égarement ou à un retard : c'est l'évidence même.

Dès lors aussi, une fois l'existence du militaire devenue incertaine, le régime à appliquer sera celui organisé par le Code Civil pour le cas d'absence.

Il résulte de là que s'il y a nécessité et dans la mesure de cette nécessité, l'administration des biens du disparu sera, à condition qu'il n'ait pas laissé de procureur fondé, réglé par le tribunal de son domicile (art. 112 du Code Civil) (2). — toute personne intéressée ayant le droit de provoquer l'intervention de la justice. La femme du disparu sera la pre-

(1) V. Trib. civ., Orléans, 17 mars 1915, *Gaz. des Trib.*, 18 août 1916 ; Trib. civ., Senlis, 21 déc. 1915, *Gaz. des Trib.*, 3 août 1916, *Revue du Notariat*, 1916.3.44. *Revue trimest. Droit civil*, 1916, p. 202.

C'est en ce sens également que se prononçait la loi du 13 janvier 1817 rendue pour faire déclarer l'absence des militaires disparus pendant les guerres de la Révolution et de l'Empire, et remise en vigueur lors de la guerre de 1870 par la loi du 12 août 1871. Un projet est déposé tendant à la faire revivre une fois encore.

(2) V. *Revue Droit civil*, 1916, p. 202.

mière intéressée à solliciter ces mesures, pour assurer la conservation des biens qui fournissent des ressources au ménage (1).

De là également, si le disparu laisse des enfants mineurs issus d'un commun mariage, sa femme en aura de plein droit la surveillance, et exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens, conformément à l'article 141 du Code Civil. Pour ce faire, elle n'a pas besoin de demander l'autorisation de la justice. C'est une solution qui avait déjà été donnée par la jurisprudence avant le vote de la loi du 3 juillet 1915 (2). Selon nous, elle doit être maintenue, nonobstant ce texte. La loi du 3 juillet 1915, en effet, est une loi d'ordre général, qui a entendu remédier aux hypothèses les plus diverses d'impossibilité pour le père d'exercer la puissance parentale, hypothèses pour lesquelles, précisément, la législation en vigueur ne fournissait aucun palliatif. Elle n'a pas pu atteindre le cas spécial de disparition, puisque là il n'y avait pas besoin d'un texte nouveau, le Code Civil suffisant à résoudre les difficultés qu'il soulèverait. Prétendre le contraire serait consacrer une régression et méconnaître l'intention du législateur. Ce que celui-ci a voulu, c'est rendre plus facile l'exercice de la puissance parentale, et non pas l'entraver. Sou-

(1) Une proposition de loi tendant à organiser l'administration provisoire des biens des mobilisés disparus a été déposée à la Chambre le 16 mars 1916 par M. Loriot (*J. Off.*, *Doc. parl.*, Chambre, p. 412). Cette proposition tend, ce qui est tout naturel, à faire jouer un rôle primordial à la femme. Selon ses termes, si trois mois après la déclaration faite par l'autorité compétente que l'individu est disparu, celui-ci n'a pas donné de ses nouvelles, le tribunal désignerait, à la requête d'un intéressé ou du ministère public, un administrateur, de préférence la femme, non séparée de corps.

(2) En ce sens Trib. civ., Orléans, 17 mars 1915 précité, *Gaz. Trib.*, 18 août 1916.

mettre la femme du disparu à l'obligation de solliciter l'intervention de la justice, alors que le Code ne le lui impose pas, c'est aller à l'encontre de cette disposition bienveillante.

La mère aura ainsi, en cas de disparition de son conjoint, des droits plus étendus qu'au cas de simple empêchement. C'est logique en somme. S'il faut prendre toutes précautions pour sauvegarder les droits du père tant qu'on n'est pas sûr qu'il ne peut les mettre en œuvre lui-même, on n'est plus tenu à la même réserve lorsque les circonstances et le temps ont prouvé qu'il n'était réellement pas en mesure de le faire. A des situations différentes des solutions différentes. Enfin la puissance parentale étant établie dans l'intérêt de l'enfant, c'est cet élément qu'il faut considérer tout d'abord pour se déterminer. Or n'est-ce pas l'avantage de l'enfant que d'adopter, pour sa surveillance et son éducation, le système le plus simple et le plus souple (1) ?

De cette idée que la disparition équivaut à une présomption d'absence, il s'en suit encore que la femme du disparu pourra contracter ou agir en justice avec l'autorisation du juge, selon le principe de l'article 222 du Code Civil. Même si la loi du 3 juillet 1915 n'était pas venue accorder cette faculté d'une façon générale à toute femme empêchée par la guerre d'obtenir l'habilitation maritale, l'épouse du disparu en aurait joui : le Code Civil la lui assurait. Mais il n'y aura plus ici cette différence de régime que nous signalions tout à l'heure au sujet de la puissance parentale : le Code Civil lui-même ne permet à la femme du disparu d'agir qu'avec l'autorisation du juge, autorisation donnée en connaissance de cause, et, selon le droit commun, spécialement pour

(1) La proposition de loi Loriot, mentionnée précédemment, accorde à la femme du disparu, dans les conditions fixées, la tutelle provisoire des enfants.

chaque acte (art. 222). Ce sont là également les exigences de la loi de 1915. Pourtant les deux systèmes ne sont pas absolument identiques : quelque chose les sépare encore. La loi de 1915 impose une condition particulière : l'urgence. Il faut, selon elle, pour que le juge autorise l'acte, qu'il y ait urgence à l'accomplir. Rien de semblable dans l'article 222. Il ne sera donc pas indifférent pour la femme du disparu d'invoquer l'article 222 du Code ou la loi de 1915 ; et puisqu'on lui applique le système du présumé absent pour certaines choses, il semble logique de le lui appliquer pour toutes. On peut parfois avoir intérêt à effectuer un acte qui, bien que n'étant pas d'une nécessité absolue, constitue une mesure de prévoyance opportune : ainsi la vente de valeurs mobilières susceptibles de baisser.

Qu'il s'agisse de l'article 222 du Code Civil ou de la loi de 1915, la femme du disparu n'aura pas besoin, pour passer un acte, d'une autorisation de justice si son mari lui avait donné avant sa disparition une procuration à cet effet (1).

Telle est d'une façon générale la condition de la femme du disparu. Condition hybride, puisque d'une part la femme devient libre en tant que mère, et que de l'autre elle reste assujettie en tant qu'épouse. Condition provisoire aussi : une loi interviendra certainement, comme à la suite des guerres antérieures, pour faciliter la constatation des décès ou la déclaration des absences ; et si malgré l'absence le mariage subsiste — ce qui expose l'époux restant qui contracte une nouvelle union à la bigamie — le régime matrimonial est, ou peut être en cas de communauté, liquidé, une fois la déclaration intervenue et l'envoi en possession provisoire réalisé (art. 120 et 124 du Code Civil).

(1) En ce sens, pour la loi de 1915, Trib. de Senlis, 21 déc. 1915 précité.

Condition délicate et susceptible d'engendrer des difficultés : bien vite le mot disparu est devenu synonyme de mort, et trop souvent hélas la réalité a montré que cette assimilation était justifiée. Fréquemment, seule la déclaration officielle du décès manque : mais toutes les apparences — et parfois de très sérieuses — sont en ce sens. Des témoignages sont là, affirmant la mort ; des constatations la prouvent. Qu'arrivera-t-il alors si cette femme, se croyant veuve et passant pour telle aux yeux de l'opinion publique, a agi comme une être libre et sans se munir de l'autorisation de justice : par exemple pour effectuer certains travaux ? Ces actes seront-ils annulables ? Ou bien, faisant état des circonstances, appliquera-t-on à cette veuve apparente l'adage : *Error communis facit jus* ? L'intérêt des tiers le voudrait. Nous devons nous contenter ici d'indiquer la question. — Condition, enfin, qui est peut-être pour la femme de la guerre la plus malheureuse de toutes, l'inquiétude s'ajoutant aux complications juridiques, l'anxiété à la gêne, l'angoisse à l'incertitude du lendemain.

SECTION III

EXCEPTIONS A LA NÉCESSITÉ D'UNE AUTORISATION CONFORME A LA LETTRE DES CONDITIONS PRÉVUES PAR LE CODE

Aux deux modes ordinaires d'autorisation prévus par le Code, le consentement par écrit et le concours à l'acte, l'état de guerre devait apporter des modifications. La Mobilisation,

retenant le mari loin de sa compagne, allait l'empêcher de lui fournir son habilitation dans les conditions normales.

A. — L'Autorisation Expresse

Sans doute le militaire peut encore, malgré son éloignement, donner à son épouse son consentement par écrit, puisqu'aussi bien tout écrit suffit, même une lettre missive. Mais souvent le chef de l'union, livré à soi-même et non guidé, ne saura pas quels termes employer pour faire connaître son intention, comment rédiger l'acte que l'on sollicite de lui ; parfois peut-être aussi il sera incapable d'écrire. Pour lui épargner ces embarras le législateur est intervenu : et, par la loi du 8 juin 1893, il a fixé les conditions dans lesquelles seraient reçues et libellées les déclarations d'autorisation maritale consenties par les militaires des Armées en guerre.

[Notons en passant que ce souci du législateur d'établir un régime permettant au mari, enlevé à son foyer par la guerre, de fournir quand même son habilitation, prouve que pour lui cette non présence ne cessait pas de rendre le consentement du maître obligatoire ; sans quoi, nul besoin de ces formalités : la femme, pour se faire relever de son incapacité, n'aurait eu qu'à s'adresser à la justice. Cette disposition paraît ainsi venir encore à l'appui de l'idée que nous avons émise précédemment. L'opinion législative sur ce point était déjà en 1893 ce qu'elle a été en 1915.]

Aux termes de ce texte le militaire qui voudra autoriser sa compagne à passer telle opération fera connaître sa volonté devant l'autorité spécialement désignée à cet effet ; celle-ci en dressera acte aussitôt. Cet acte, en tant que rédigé par un personnage compétent, dans l'exercice de ses fonc-

tions, et avec les formes requises, aura valeur d'acte authentique.

C'est là une question de réglementation administrative sur laquelle nous n'insisterons pas. Au surplus on n'y trouve pas, à proprement parler, une exception à la condition ordinaire de l'autorisation expresse, mais bien plutôt une de ses applications particulières, adaptée aux circonstances spéciales où elle est donnée.

Inutile de constater que l'autorisation verbale, dans la mesure où elle est admise en droit commun, ne peut plus fonctionner ici, les deux époux n'ayant plus les moyens, à raison de leur situation, d'avoir des communications de ce genre.

B. — L'Autorisation Tacite

La seule forme qui en a été prévue par le Code, le concours du mari à l'acte, ne sera plus possible, le rapprochement des époux étant empêché. Ce mode est ainsi rendu inutilisable si on s'en tient à l'interprétation, longtemps prédominante et unique, consistant à voir dans ce concours une participation effective du mari à l'acte passé par sa femme, et même un engagement de sa part. Seulement nous savons que la jurisprudence a élargi cette notion, et a décidé que ce concours pourrait résulter de la connaissance par le mari de l'acte projeté par sa femme et de son approbation (1). Ce fut bien souvent sous le nom de mandat une autorisation tacite qu'elle admit de la sorte.

Rien ne mettrait obstacle, même pendant la guerre, au fonctionnement d'une habilitation tacite comprise de cette

(1) V. p. 269.

façon ; pour la rendre recevable, il suffirait que les époux puissent communiquer, ou même simplement que leur condition la rende vraisemblable. A première apparence, nous l'avons constaté, on serait assez tenté d'expliquer ainsi le jugement du Tribunal de la Seine du 6 juin 1916 (1). Toutefois il nous semble plus conforme aux circonstances de la cause d'y voir un véritable mandat tacite. En tout cas, il est des espèces où déjà avant la guerre l'autorisation tacite jouait, sous son nom propre ou sous celui, erroné du reste, d'un mandat tacite et nécessaire : ce sont les innombrables cas de contrats de travail passés par des femmes sans aucune intervention de leur mari (2). Jamais peut-être les engagements de ce genre n'auront été aussi nombreux que depuis l'ouverture des hostilités, car jamais le marché du travail ne vit pareille affluence de main-d'œuvre féminine : la force des choses d'ailleurs, à la suite tant du manque d'hommes et de l'accroissement de certaines productions que de la nécessité de vivre, l'amena invinciblement. Il en résulte que, sous son masque innocent, l'autorisation tacite aura pris durant cette période troublée et désordonnée une extension considérable : les événements ont écarté tout naturellement et sans que personne songeât à les ranimer, les vieilles formes de l'habilitation expresse et même judiciaire : aussi bien leur complexité les condamnait. Pour satisfaire des besoins pressants il fallait un procédé simple et souple : l'autorisation tacite était là pour y répondre, et permettre de régulariser aisément des situations qui ne souffraient pas l'attente et ne souffriraient pas non plus de contestations ultérieures.

La guerre aura donc, sous la contrainte des circonstances

(1) *Gaz. des Trib.*, 18 novembre 1916.
(2) V. Colin et Capitant, t. I, p. 629.

et en dehors de tout effort d'interprétation, étendu son champ d'action : son domaine s'est développé en même temps que celui de l'activité féminine. Cette consécration de la simplification et de son utilité réagira-t-elle sur les conceptions doctrinales pour les assouplir à leur tour, les dégager de la rigueur des principes et les mettre en harmonie avec la vie ? On peut le dire : c'est la vie même qui, dépassant le cadre des lois, avait imposé, en matière de contrat de travail, la reconnaissance de l'autorisation tacite — reconnaissance que la timidité de la jurisprudence et son respect de la tradition ne lui ont pas permis d'accueillir. La vie progressant sans cesse sous l'impulsion des besoins et s'échappant petit à petit des frontières resserrées où des formules, vieilles de plus d'un siècle, l'emprisonnaient, réussira-t-elle, après avoir franchi une nouvelle étape de son évolution, à faire céder les règles désuètes et les restrictions funestes ?

La guerre parviendra-t-elle à faire admettre par la jurisprudence, devant la multiplication des exemples, la vérité juridique en même temps que l'utilité sociale, à faire admettre que la femme passant, sans intervention de son mari, contrat de sa force de travail, agit en vertu d'une autorisation tacite et non d'un mandat ? Parviendra-t-elle à faire consacrer l'autorisation tacite en dehors du concours à l'acte, telle qu'elle fonctionne réellement en pratique ? C'est à cette réforme que l'on devrait aboutir si l'on avait à cœur d'assurer une parfaite adaptation des lois au Droit, et de celui-ci à l'état moral, économique et social du pays.

CONCLUSION

Somme toute, à la gêne que la Mobilisation de son mari allait occasionner à la femme pour ses rapports avec les tiers, on a essayé de remédier au moyen d'expédients. Législateurs et juges se sont rencontrés d'accord sur ce point. Expédient que cette loi de 1915 permettant à l'épouse de recourir à l'autorisation supplétoire du tribunal. Expédient que ce procédé de la jurisprudence rattachant les solutions les plus diverses à la notion du mandat tacite, alors même que celui-ci ne se conçoit pas en l'espèce. Et expédients dont leurs auteurs n'ont encore usé qu'avec la plus grande discrétion. La loi de 1915 ne fonctionne que quand certaines conditions, nettement prévues, se trouvent réalisées : la femme du mobilisé ne peut y faire appel à son gré. Le mandat tacite ne joue que quand les circonstances l'imposent et qu'on ne peut songer, sans excès et inconvénients graves, à faire tomber l'acte effectué.

Législateurs et juges ont été pareillement préoccupés d'un même souci : assurer d'une façon aussi complète que possible le respect de la prééminence maritale. C'est plus cela qui les a guidés que la pensée de la situation de l'épouse. Les entraves que les événements apportaient à l'activité de celle-ci ne leur ont paru dignes de considération qu'autant que l'autorité du chef du ménage pouvait être sauvegardée. Cette attitude nous révèle que pour la majorité la puissance maritale continue à être avant tout une institution de subordination et non un organisme de protection. C'est là méconnaître l'un de ses fondements historiques, et la seule justification

dont elle puisse encore essayer d'arguer. C'est méconnaître en même temps l'utilité sociale : ce qu'il importe de faire prévaloir d'abord, ce n'est pas le droit du mari, mais le Droit lui-même.

Pourtant s'il était des circonstances qui devaient attirer l'attention des interprètes sur la condition de la femme, c'étaient bien celles que nous vivons actuellement. Bien peu lui ont jamais valu tant de peines de toutes sortes. Bien rarement elle a dû montrer tant de fermeté et de courage. Elle a été obligée de quitter le foyer et d'intervenir partout dans la Société. Dès lors ne fallait-il pas lui reconnaître un état correspondant au rôle qu'elle a été forcée d'assumer? Ayant désormais la responsabilité de l'existence, n'aurait-elle pas été en mesure de solliciter légitimement sa liberté ? Au lieu de recourir à ces expédients, dont, d'ailleurs, le droit commun, interprété de façon libérale, conforme aux nécessités pratiques, permettait de se passer, n'eût-on pas été mieux inspiré en attribuant à la femme capacité durant la non présence de son mari ? On n'eut fait ainsi que mettre momentanément notre droit en harmonie avec les législations étrangères, qui ont consacré cette réforme depuis longtemps. On nous eut en même temps épargné ce spectacle paradoxal de femmes dirigeant seules, en fait, des ménages, des industries, des commerces, et proclamées incapables, en droit, d'accomplir le moindre acte sans le concours d'un tuteur. La leçon des événements n'a pas été dégagée. A peine certains tribunaux l'ont-ils aperçue.

TITRE I bis

INFLUENCE DE LA GUERRE SUR LES CONTRATS DESTINÉS A ASSURER L'EXISTENCE DE LA FEMME

Après avoir ainsi étudié la situation que la guerre a faite à la femme dans la passation des contrats, nous voudrions, avant de quitter cette matière, jeter un coup d'œil sur deux contrats spéciaux, qui, à raison des difficultés qu'ils ont soulevées en pratique, nous semblent particulièrement dignes d'attention. Toutefois nous nous placerons ici à un autre point de vue que dans le chapitre précédent. Nous n'envisagerons plus les deux contrats dont il va s'agir, dans leurs conditions de formation, mais dans leurs effets. C'est de ce côté que les discussions et les conflits ont surgi.

Rien d'étonnant à cela. Les circonstances de fait créées par les hotilités ne devaient pas seulement avoir des répercussions sur les contrats à conclure. Elles étaient trop profondes et trop durables, elles modifiaient trop le cours normal de l'existence pour ne pas atteindre aussi les contrats élaborés avant leur venue, par la femme elle-même, ou à son profit par son mari.

De ces contrats, deux se sont nettement distingués par les complications qu'ils ont fait naître. Tous deux ont pour but

d'assurer l'existence de l'épouse et de lui procurer des moyens de vivre, soit par son travail personnel, soit par le fait de la prévoyance de son conjoint. Nous voulons parler du Contrat de Travail de la femme, en cours d'exécution lors de la déclaration de la guerre, et du Contrat d'Assurance sur la vie, souscrit, avant les hostilités, par le mari au profit de sa compagne. Ce sont les conséquences de la guerre à leur égard que nous proposons de rechercher maintenant.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTRAT DE TRAVAIL

> Il est essentiel à la dignité de la femme qu'elle ait le pouvoir de gagner quelque chose, dût-elle ne jamais faire usage de ce droit.
>
> STUART MILL, *On Subjection of Women*, p. 117.

De celui dont il ne s'agit pas. — Le contrat de travail dont nous aurons à nous occuper ici n'est pas, nous le répétons, celui passé par la femme durant la guerre. Pourtant, il importe de faire à ce sujet quelques remarques. Pour celui-là, nous l'avons vu, l'ouvrière n'est pas atteinte par les événements. Elle peut continuer à le conclure comme auparavant, c'est-à-dire seule, en vertu d'une prétendue autorisation tacite et nécessaire, reposant soit sur la non opposition de son conjoint informé de son intention, soit, au cas où il n'a pu en être avisé, sur la présomption d'une volonté concordante. (On présume, étant donné la situation des époux et leur condition, que le mari consulté consentirait (1)). Solution adoptée par la Jurisprudence du temps de paix (2) sous le couvert d'un mandat tacite, et qui trouve dans la guerre une

(1) V. COLIN et CAPITANT, t. I, p. 629. — PLANIOL, t. I, p. 323.
(2) V. Cass. req., 6 août 1878, S., 79.1.65.

justification de son utilité et une raison d'innombrables applications.

Si ce procédé n'avait pas été dégagé à temps pour éluder la nécessité du consentement par écrit ou du concours à l'acte, il aurait fallu renoncer, en une telle circonstance, à faire jouer l'autorisation. On ne pouvait pas songer, en effet, à appliquer l'un ou l'autre de ces modes, également impraticables. On ne pouvait pas songer davantage à obliger les femmes à recourir à la justice, de pareilles interventions, vu leur nombre et la faible importance des contrats, eussent été d'une réalisation impossible, et inutile d'ailleurs. Sans ce subterfuge donc, on aurait été contraint, devant la nécessité des faits, d'écarter l'exigence de l'autorisation, car on n'eût pu se résoudre à laisser tous ces contrats soumis à la nullité. C'eut été un bon résultat ; la réforme souhaitée — suppression de l'autorisation — eut été consommée en un point. N'est-ce pas précisément pour concilier les besoins de la vie répudiant tout formalisme, avec le désir de maintenir le régime des textes, que la jurisprudence a inventé ce système qui n'est qu'une fiction (1) ? Quoi qu'il en soit, le résultat pratique est atteint par là, et il demeure acquis. La guerre

(1) D'abord ce ne saurait être un mandat. Il ne peut être question de mandat que quand les droits à exercer appartiennent au mari. Or, dans le contrat de travail de la femme, il s'agit de droits de la femme elle-même : c'est elle qui stipule et s'oblige. L'objet du contrat, c'est la prestation de services ou de travail à laquelle la femme s'engage : services ou travail fournis par sa personne et non par celle du mari. Non seulement il ne peut pas, au point de vue théorique, être question d'un mandat, mais, en fait, il n'y en a pas non plus. Il n'entre pas dans l'intention du mari d'en donner un à sa compagne ; il ne songe pas à cette institution.

Il n'y a pas davantage autorisation, croyons-nous. Le mari a-t-il vraiment la pensée d'affranchir sa femme de toute tutelle en ce domaine ? Si on le lui demandait, à part de rares exceptions, il répondrait presque certainement le contraire, jaloux toujours, étant homme,

ne l'a pas créé ; cependant elle lui aura donné l'occasion de se répandre, de prouver tout son véritable avantage, de s'imposer.

***

De celui dont il s'agit. — Au contraire ce sera une solution directement fournie par la guerre que celle provenant de

de ses prérogatives. C'est donc pure pétition de principe que de supposer qu'il y a autorisation.

Sans doute est-ce pour prévenir les objections que la jurisprudence a ajouté que le mandat était nécessaire (V. Cass. req., 6 août 1878, S., 79.1.65 et les notes). Il découlerait du mariage lui-même, des rapports entre époux, et des obligations qui leur incombent. Mais qu'est-ce qu'un mandat nécessaire? Ce n'est plus un mandat, acte essentiellement volontaire (Art. 1984, C. civil), à moins qu'il ne soit imposé par la loi, ce qui n'est pas le cas. Qu'est-ce qu'une autorisation nécessaire ? Ce n'est plus une autorisation : si le mari est obligé de la donner et ne peut la refuser, il n'autorise plus.

Ce caractère de nécessité n'est-il pas inconciliable avec l'idée de puissance maritale, pouvoir presque souverain? Cette institution n'est-elle pas mise en échec par ce prétendu mandat ? N'est-ce pas un défaut de franchise ? Ne vaut-il pas mieux appeler les choses par leur nom et reconnaître qu'en dépit des principes du code, on a donné là un droit propre à la femme ? Cette terminologie ne nous paraît recouvrir qu'une fiction, utilisée pour sauver les apparences : on veut maintenir intactes les exigences du Code que la pratique ne connaît plus ; et pour ce faire, on élève une construction sans soutien et que les règles juridiques ne confirment pas. D'autant plus que la situation que l'on veut régler par les principes du Code civil n'a pas été envisagée par lui ; il ne pouvait pas prévoir le développement de l'industrie et n'a pas pu réglementer la façon dont la femme louerait son travail. On a appliqué à cet engagement les conditions de droit commun des contrats ; mais le Code, s'il l'avait envisagé, l'aurait-il fait ? On peut en douter, quand on voit le Code de commerce permettre à la femme d'entreprendre l'exercice d'un commerce avec beaucoup plus de facilités : un simple consentement, même tacite, du mari lui suffit (Art. 4, C. com.). Or louer son travail est un acte beaucoup moins grave encore. Logiquement, les exigences de la loi devraient être moins sévères aussi.

l'examen de la question qui va nous retenir maintenant : l'influence des événements de guerre sur le contrat de travail en cours d'exécution.

Évidemment la guerre n'est pas par elle-même une cause forcée de modification du contrat. Ce n'est pas cet état pris *in abstracto* qui va avoir des répercussions sur la convention des parties, ce sont les circonstances qu'il engendrera. Celles-ci, affectant la situation de l'une ou de l'autre des personnes en cause, pourront venir troubler leurs relations, perturber leur régime antérieur, et susciter à chacune d'elles des difficultés dans l'exécution de ses obligations. S'il n'en était pas ainsi, si les circonstances n'atteignaient en rien patron et ouvrière, le contrat continuerait comme par le passé.

C'est là, certes, une hypothèse qui aura dû se réaliser, surtout dans les régions que les hostilités n'auront pas menacées. Mais les conséquences d'une guerre sont si nombreuses et si variées que beaucoup plus fréquents auront été les cas où les événements auront atteint les parties, d'une façon ou d'une autre, changeant leur condition préexistante, et réagissant par là même sur le contrat. C'est alors que la question se pose : Quelle influence ces événements provoqués par la guerre auront-ils sur le Contrat de Travail ?

Et tout d'abord, comment l'ont-ils affecté ? — A ce point de vue, l'observation des faits d'une part, de la jurisprudence de l'autre, nous montre que la guerre s'est manifestée d'une manière différente, dans le monde des travailleurs, pour l'homme et pour la femme. Pour l'homme, c'est surtout en sa personne même que les effets se sont révélés, découlant de son abandon forcé du travail à la suite de sa mobilisation. Pour la femme, au contraire, c'est principalement en la personne du patron qu'ils se sont produits, résultant soit de son appel sous les drapeaux, soit de motifs divers, et se tra-

duisant par une fermeture de son établissement ou une réduction de son personnel.

Sans doute ce ne sont là que les aspects généraux du problème et il serait possible de concevoir des espèces où les circonstances revêtiraient une autre figure. Pour l'homme, par exemple, les conséquences des hostilités peuvent consister aussi, à défaut de sa mobilisation, dans la fermeture de la maison qui l'employait ou dans une diminution de son personnel à raison des difficultés du moment. Pourtant l'examen de la jurisprudence nous a montré que la plupart des cas de ce genre étaient relatifs à des femmes ; et cela se comprend : l'obligation pour la majorité des hommes de rejoindre l'armée empêchait une telle question de se poser. Néanmoins, si elle l'était, sa solution devrait être semblable à celle proposée pour la femme en pareille occurrence : en sorte qu'il n'est pas besoin de l'envisager séparément. De même, et à l'inverse, des hypothèses d'abandon de travail par la femme ont pu se réaliser en pratique : par exemple, à la suite de l'interruption de certaines communications (à l'intérieur d'une grande ville, de la banlieue à la ville), ou de la crainte plus ou moins justifiée de l'approche de l'ennemi. Points divers qu'étant donné leur caractère plus particulier nous négligerons également.

Restent donc les deux faits essentiels : pour l'homme, la mobilisation ; pour la femme, la fermeture de l'établissement ou la réduction de son personnel. Ce sont les deux formes principales sous lesquelles la guerre a réagi sur le Contrat de Travail.

Force nous est encore de renoncer à examiner ici la première: l'influence de la mobilisation sur le Contrat de Travail. C'est là un sujet bien intéressant cependant, et de la plus haute importance sociale : mais son étude nous ferait dé-

passer les limites de cet essai. C'est à regret que, pour suivre les nécessités du plan que nous avons adopté, nous la laissons de côté (1).

***

Position de la question. — Ces diverses éliminations opérées, nous demeurons en face de la seule question qu'il nous soit permis d'exposer ici, celle qui a trait au contrat de la femme.

Pour cette dernière, nous l'avons déjà dit, les conséquences de la guerre se sont, d'après les espèces fournies par la pratique, manifestées de la façon suivante : le patron invoquant les circonstances, menaces de l'ennemi exposant son industrie à des risques, manque de matières premières ou de main-

(1) V. à ce sujet : Wahl, *Le Droit civil et commercial de la guerre*, t. III, N° 1838 et suiv. — *Ibid.*, *Influence de la guerre sur la fin du louage de services*, *Rev. Droit civil*, 1917, p. 5 et suiv. — Cabouat, *Du sort des contrats de travail antérieurs à la mobilisation générale*, *Revue de la prévoyance et de la mutualité*, 1917, p. 5, 10 et 121-131. — Cazelles, *La prorogation des contrats de travail des mobilisés*, *Revue politique et parlementaire* du 10 juin 1917. — V. aussi l'*Economiste français* du 9 décembre 1916, p. 777. — *Adde Remarques*, Wahl dans *Revue Droit civil*, 1915, p. 747. — Demogue, *Ibid.*, 1915, p. 510, et 1916, p. 118-119. — Pour la jurisprudence, v. notamment, Seine, 2 mars 1915, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915.2.158. — Cour de Besançon, 30 mars 1917, *Journal des Assurances*, 1917, p. 295. — Plusieurs propositions de loi ont été déposées sur cette question ; elles ont toutes pour but d'assurer à l'ouvrier mobilisé la conservation de son emploi, la mobilisation n'ayant eu pour effet que de suspendre le contrat de travail. V. Propositions : Mons, 11 mai 1915, *J. Off.*, 1915, *Doc. parl.*, Chambre, p. 407 ; Deshayes, 23 août 1915, *J. Off.*, 1915, *Doc. parl.*, Chambre, p. 925 ; Lairolle, 22 mars 1917, *J. Off.*, 1917, *Doc. parl.*, Chambre, p. 305, s'inspirant du décret italien du 1er mai 1916. Enfin le gouvernement lui-même a déposé un projet de loi sur cette question, le 10 janvier 1918, *J. Off.*, 1918, *Doc. parl.*, Chambre, N° 4180, p. 5. — Projet voté par la Chambre le 13 novembre 1918 (V. *J. Off.* du 14), et devenu la loi du 24 novembre 1918 (V. *J. Off.* du 24).

d'œuvre masculine, rendant sa fabrication trop difficile ou trop onéreuse, hausse des prix, diminution de sa clientèle, ou toutes autres raisons, — ferme sa maison ou licencie une partie de son personnel : la femme est renvoyée sans délai : le paiement de ses salaires est arrêté. Aux réclamations que son employée soulève en justice, l'employeur oppose l'état de guerre, la nécessité résultant des événements, la force majeure. Que vaut une telle prétention, et quelle sera la situation de l'ouvrière vis-à-vis du patron ? Qu'advient-il du contrat de travail qui les lie l'un à l'autre (1) ?

Notons tout de suite — et c'est un point que nous ne rappelons que pour mémoire, l'ayant déjà signalé (2) — que la guerre ne saurait être par elle-même une cause suffisante pour justifier semblable attitude ; seules les circonstances l'accompagnant peuvent, à l'occasion et réserve faite des caractères qu'il leur faudrait réunir, en faire naître une (3).

(1) Pour examiner cette question, nous ne distinguerons pas, en général, les deux formes que le contrat de travail peut revêtir, sauf à signaler, le cas échéant, les différences existant entre elles. En effet, que le contrat soit à durée déterminée, et le patron ne peut, avant l'arrivée du terme, se soustraire aux obligations qu'il lui impose qu'en prouvant la force majeure (Art. 1148, C. civ.). Que le contrat soit à durée indéterminée, et le patron peut bien sans doute mettre fin à ses obligations et donner congé à son employée, à condition qu'il ait un juste motif de le faire (Art. 1780, C. civ.) ; mais il doit alors respecter les délais d'usage (Art. 1780 précité). Il ne pourrait agir autrement, c'est-à-dire renvoyer immédiatement son ouvrière, qu'en se prévalant de motifs légitimes, notamment d'une force majeure. Il n'est donc pas essentiel de séparer les deux contrats. Nous n'oublions pas pour cela que la question est plus importante pour le contrat à durée déterminée que pour l'autre, précisément à raison des facilités que le patron possède pour mettre fin à ce dernier. Mais l'emploi de la forme indéterminée étant beaucoup plus fréquent, le problème trouve par là de l'intérêt pour elle aussi.

(2) V. p. 330.

(3) V. en ce sens, Caen, 24 fév. 15, *Gaz. des Trib.*, 1915, 1er sem. 2. 104; Cass., 4 août 15; *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915.1.28. — *Adde* Wahl, *op.*

C'est ainsi notamment, et en dehors de la question de force majeure, que dans le contrat à durée indéterminée, la guerre est susceptible de fournir un juste motif de rupture (1).

Notons encore une chose certaine. Le contrat n'a pas été suspendu de plein droit, pendant la durée de la guerre, en vertu du décret du 10 août 1914 (2). Comme l'a déclaré la Cour de Cassation, l'article 5 de ce décret vise exclusivement les clauses des contrats qui stipulent une déchéance en cas d'inexécution dans un délai ou à une date préfixe, et ne saurait, à raison de ces termes restrictifs, être étendu à d'autres hypothèses (3).

Mais ce n'est ni le simple fait de guerre, ni le décret du 10 août 1914 consécutif à cet état, que l'employeur invoque. Il prétend que certaines circonstances dérivant de la guerre ont constitué pour lui une force majeure, l'obligeant à agir ainsi. Que valent ces dires ?

C'est là une question de fait. En droit et en principe, les circonstances de guerre ne seront considérées comme force majeure qu'en tant qu'elles présenteront la marque ordinaire de cette notion, c'est-à-dire qu'elles rendront l'exécution de l'obligation impossible. En conséquence, elles ne seront pas admises comme telle si elles ne font que la rendre plus difficile, plus lourde, ou plus onéreuse pour le débiteur. C'est la solution qui a été consacrée par maintes décisions judiciaires (4).

cit., t. II, N° 1014, p. 1-3. — Cf. MALNOURY, *L'Etat de Guerre et ses conséquences juridiques*, p. 2 et 3.

(1) En ce sens, DEMOGUE dans *Rev. trimest. Droit civ.*, 1915, p. 519, sur Cass., précité.

(2) En ce sens, Cass., 4 août 1915 précité. — *Adde Rev. Droit civ.*, 1916, p. 119. — En ce sens également, Trib. comm. Seine, 31 août 1915, et sur appel Cour de Paris, 20 avril 1916. *Rec. Gaz. des Trib.*, 1916.2.155.

(3) V. Cass., 4 août 1915.

(4) En ce sens Tribun. Seine, 20 janv. 1915, *Gaz. des Trib.*, 13 mars

Solution qui semble naturelle, car, par définition même, la force majeure implique l'idée d'une force impérieuse, irrésistible, contre laquelle l'homme ne peut rien et qui s'impose inéluctablement à lui. C'est à raison de ce caractère de nécessité absolue qu'elle le décharge de toute responsabilité pour l'inexécution de son obligation (1). De même qu'en matière pénale (2) l'état de nécessité fait échapper l'individu aux conséquences délictueuses de l'acte qu'il a commis, de même en matière civile (3) il le libère des suites répréhensibles de son inaction.

Mais solution qui sera rigoureuse, car l'impossibilité absolue sera rare en pratique : dans la majorité des cas l'exécution de l'obligation aura seulement été rendue plus onéreuse, et c'est ce supplément de charges qui aura amené l'em-

1915 ; Trib. commerce Perpignan, 5 février 1915, D. 15.5.3 ; Seine, 4 mai 1915, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915.2.47 ; Trib. com., Seine, 9 mars et 15 juin 15, D. 16.2.22 ; Cass., 4 août 1915, *Rec. Gaz. Trib.*, 1915.1.28 ; Seine, 10 déc. 1915, *Gaz. des Trib.*, 13.2.1916 ; Seine, 28 janv. 1916, *Gaz. des Trib.*, 11 juin 1916 ; Paris, 20 avril 16, *Gaz. des Trib.*, 15 juillet 16. C'est la solution donnée également en dehors du contrat de travail : pour un marché : Bordeaux, 18 janv. 15, *Lois Nouvelles*, 1915, 2e part., p. 78 ; Paris, 21 déc. 1916, D., 1917.2.33. Pour le bail : Poitiers, 12 juillet 15, *Pand. Fr.*, 1916.2.1. Argument de l'art. 1148 C. civ. : il n'y a pas lieu à dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure, le débiteur a été empêché de donner ou de faire. V. aussi Schaffhauser, *De l'Influence de la guerre sur les contrats*, *Lois Nouvelles*, 1915, 1, p. 25 et suiv., spécialement p. 26-27 et 29. V. encore, Capitant, *Note sous Paris* 21 déc. 1916, D. 1917-2-33. C'est la solution qui est consacrée aussi par la jurisprudence étrangère. Cf. sur ce point Wahl, *op. cit.*, t. II, N° 1015, p. 4, 5, 6.

(1) Voir en ce sens Aubry et Rau, 5e édit., t. IV, N° 308, p. 167, texte et note 32 *ter* ; Baudry-Lacantinerie, 10e édit., t. II, p. 82 ; Colin et Capitant, t. II, p. 9 ; Demolombe, *Traité des Contrats*, t. I, N° 548 et suiv ; Larombière, *Traité des Obligations*, édit. 1885, t. II, N° 1, p. 10 ; Laurent, t. XVI, N° 265 ; Planiol, 6e édit., t. II, N° 232, p. 86 ; Wahl, *op. cit.*, t. II, N° 1015, p. 3.

(2) V. Art. 64 C. p.

(3) Art. 1148 et 1302 C. civ.

ployeur à cesser le service du contrat. L'aggravation de ses obligations ne sera pas prise en considération : cet élément ne remplissant pas les conditions de la force majeure sera indifférent (1). Nonobstant sa survenance, le patron sera tenu de pourvoir comme précédemment à l'exacte observation de la convention. Le contrat continue. Interprétation favorable à la femme au contraire, puisque malgré les événements sa situation est maintenue en l'état.

Deux ordres de fait sont donc à envisager : ou on a reconnu l'existence d'une impossibilité absolue d'exécuter, c'est-à-dire d'une véritable force majeure ; ou on a constaté seulement la présence d'une impossibilité relative, c'est-à-dire de difficultés supplémentaires. Chacune de ces espèces aura des effets différents que nous allons essayer de dégager, pour répondre aux questions que nous nous sommes posées plus haut.

SECTION I

IMPOSSIBILITÉ ABSOLUE D'EXÉCUTER

C'est celle qui empêche le débiteur de toute exécution de son obligation. Une telle impossibilité est-elle susceptible de se rencontrer ici ? Précisons les choses. Le patron, sous l'empire des circonstances de guerre, ferme son établissement, change sa fabrication, réduit son personnel : l'ouvrière se trouve renvoyée, et ne reçoit plus ses salaires. L'employeur, pour justifier la méconnaissance de son engagement, invoque

(1) V. WAHL, *op. cit.*, t. II, N° 1015,1015-1,1016, 1017, p. 3, 7, 9, 10.

la force majeure résultant des événements. Est-ce admissible ?

Pour répondre, voyons quel sera l'effet de cette force majeure ? Si elle existe réellement, elle contraindra l'entrepreneur à interrompre son industrie et son commerce. Et quelle est son obligation envers son ouvrière ? Payer le salaire promis. Or, la force majeure ne l'empêchera pas, sauf cas exceptionnels, de remplir cette obligation. Ce n'est donc pas celle-ci qu'elle atteint, mais autre chose. Dès lors, si cette force majeure ne rend pas l'exécution de son obligation impossible, comment le patron pourrait-il s'en prévaloir pour justifier son inexécution ? Donc cette prétendue force majeure n'existe pas, et l'employeur, nonobstant les circonstances qui l'ont réduit à cesser sa production, n'en doit pas moins payer à son ouvrière les salaires convenus.

Telles sont les conclusions auxquelles mène l'analyse stricte. Et c'est en s'inspirant de cette méthode qu'un éminent interprète, M. Wahl, a pu écrire : « Alors même que la guerre entraîne la fermeture définitive des magasins ou la destruction de l'usine, elle ne constitue pas une force majeure au sens de l'article 1148 du Code civil, car on ne peut dire que le débiteur, c'est-à-dire le patron, soit ainsi empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ; la seule obligation qu'il ait contractée, c'est de payer un salaire : fournir du travail est pour lui un droit et non une obligation. » Le savant maître ajoute : « On ne saurait objecter qu'un salaire doit correspondre au travail, car c'est au patron qu'il appartient de fournir du travail à l'ouvrier, et s'il ne lui en fournit pas, par suite d'une impossibilité matérielle, on voit bien la force majeure qui l'empêche d'exercer son droit, mais non celle qui l'empêche d'exécuter son obligation (1). »

(1) V. Note sous Cass., 4 août 1915, *P. Fr.*, 1916.1.17.

Raisonnement qu'en pure logique on ne saurait contester. Seulement n'est-ce pas un procédé d'interprétation juridique discutable ? Il donne satisfaction à l'esprit, mais donne-t-il satisfaction aussi au but du droit c'est-à-dire à l'utilité sociale ?

D'abord le résultat en est si rigoureux que M. Wahl lui-même est obligé de le corriger par l'admission de la clause « *Rebus sic stantibus* » que les juges sous-entendraient dans le contrat, parce que « le patron n'a sans doute pas, pour le cas où la guerre l'empêcherait de fournir du travail, voulu payer le salaire (1) ». Il est difficile d'admettre en effet que l'employeur, acculé à fermer son établissement par suite des circonstances, soit obligé de payer ses ouvriers comme si rien n'était et que son industrie fonctionnait normalement. Un tempérament était indispensable.

Ensuite le louage n'est-il pas un contrat commutatif où, selon les termes de l'article 1104 C. Civ., ce que chacune des parties s'engage à donner ou à faire est considéré comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle. Il y a donc, en une telle matière, une question d'équivalence, d'équilibre, qui est envisagée par les parties, et cela non seulement pour la conclusion du contrat, mais aussi pour son exécution. (*Chacune s'engage* à donner ou *à faire* une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on donne ou de ce qu'on fait pour elle.) En vérité, les parties n'ont contracté qu'en considération de cet équilibre, que pour obtenir cet équivalent, et, le contrat étant successif, l'obtenir ou à peu près durant toute son exécution. Comment alors, si une force majeure — et surtout une force majeure telle que la guerre tenue par la loi elle-même pour un cas extraordinaire

(1) Note précitée. *Op.* et *loc. cit.*

(art. 1772-1773 C. civ.) — vient empêcher l'exécution de l'obligation de l'un des partenaires (l'ouvrier est empêché de fournir son travail), l'obligation de l'autre, envisagée comme contre-partie de la première et puisant sa cause en elle, ne serait-elle pas affectée ?

S'il faut, comme le dit l'article 1156 du Code Civil, pour interpréter les contrats, « rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes », on ne saurait conclure de la sorte sans méconnaître l'intention des parties : l'ouvrier sait que s'il a droit au salaire c'est à raison du travail fourni, et le patron n'a songé à lui donner ce salaire qu'en rémunération de l'ouvrage exécuté. Certes, en une telle occurrence, l'exécution de l'obligation du patron peut n'être pas matériellement impossible : la force majeure, arrêtant son industrie, ne l'empêche pas matériellement de payer les salaires — à condition qu'il ait des fonds disponibles et ne compte pas sur les ressources provenant de ses opérations. Cependant cette force majeure rend l'exécution économiquement impossible, car c'est avec les produits de son industrie qu'il espérait payer ses ouvriers, et ces revenus sont taris par les événements. On peut dire qu'il y a force majeure pour le patron, lorsque des circonstances ayant ce caractère le mettent, sans sa faute, dans l'impossibilité absolue de tirer de son exploitation les sommes nécessaires au paiement de ses employés. Sans doute un individu ne peut se soustraire de lui-même aux obligations qu'il a contractées : mais il en est autrement quand une force majeure s'impose à lui : en ce cas il acquiert le droit de ne pas exécuter (art. 1148 C. civil).

Il nous semble ainsi qu'il est permis, dans l'hypothèse qui nous occupe, de trouver une force majeure empêchant l'employeur d'exécuter son obligation, et en conséquence l'en exo-

nérant (1). Le patron n'aura donc pas, si une telle circonstance l'oblige à arrêter ses opérations, les réduire, ou les modifier, à payer un salaire qui ne répond pas à une contre-prestation. Solution moins rigoureuse que celle à laquelle aboutit l'autre doctrine, et trop rigide encore pourtant, à un autre point de vue. Appliquée seule, en effet, elle exposerait l'ouvrière à un risque immérité : heureusement les principes du Code peuvent venir la compléter et fournir à cette dernière une juste protection. Nous le montrerons plus loin.

Cette question préalable résolue, voyons maintenant ce

(1) Il nous semble en même temps qu'il n'est pas nécessaire pour arriver à donner une solution équitable aux questions soulevées, au cours de l'exécution d'un contrat, par l'intervention d'une force majeure détruisant l'équilibre entre les obligations des parties, de sous-entendre la clause *rebus sic stantibus*. Cette clause est une fiction ; les parties, en passant contrat, *ont songé à assurer l'équivalence de leurs avantages et de leurs charges* : elles n'ont pas pensé à la façon de régler les difficultés que les circonstances feraient naître ; ces difficultés, du reste, peuvent être résolues par la simple application des principes d'interprétation posés par le Code lui-même, c'est-à-dire l'examen de l'intention des parties (Art. 1156 et 1163 C. civ.). Il est inutile de sous-entendre cette clause : elle est incluse dans le contrat qui est commutatif et de bonne foi (Art. 1134 C. civ.). L'interprétation de la convention, faite selon le Code, suppose son admission préalable.

Qu'on ne dise pas que si cette règle est aussi générale, point n'était besoin de l'art. 1148 C. civ. Si, tout de même. Cet art. 1148 est la contre-partie de l'art. 1147. Après avoir déclaré que le débiteur qui n'exécute pas peut être condamné à des dommages et intérêts, le législateur prévoit le cas où cette inexécution résulte de la force majeure, et, en une telle hypothèse, exonère le défaillant de toute responsabilité. Prévision d'ailleurs qui était peut-être superflue, car l'art. 1147 lui-même embrasse déjà cette situation. Qu'on ne dise pas non plus qu'ainsi on supprime tout aléa pour le débiteur. Ce n'est pas supprimer tout aléa que d'essayer de maintenir, tant bien que mal, un équilibre qui a été considéré par les co-contractants comme la cause déterminante de leur engagement.

Adde WAHL, *op. cit.*, t. II, N° 1019-1021, p. 12-16, et l'indication de la tendance de la jurisprudence anglaise à tenir compte de l'équité pour corriger l'effet légal des conventions, p. 14, note 2.

qu'il adviendra au cas où cette impossibilité absolue se manifestera.

Dès qu'elle existe, le débiteur, c'est-à-dire l'employeur, échappe aux dommages et intérêts qu'il pourrait devoir au créancier à raison de l'inexécution (art. 1148, C. civ.). C'est là un effet essentiel et qui se produit toujours.

Il en est différemment pour la répercussion de la force majeure sur le contrat. Pour connaître son influence à cet égard il importe d'établir une sous-distinction, car cette impossibilité absolue ou force majeure peut offrir deux aspects : elle peut être définitive ; elle peut être temporaire (1).

A. — L'Impossibilité est temporaire

C'est un obstacle qui empêche le débiteur d'exécuter actuellement son obligation, mais qui dès l'abord ne semble pas irrémédiable, destiné à persister, ou qui, en fait, n'a pas duré. (En ce sens l'art. 1147 C. civ. : le débiteur doit des dommages et intérêts... à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée). Quelle durée l'empêchement devra-t-il avoir pour pouvoir être considéré comme temporaire ? Au bout de combien de temps cessera-t-il de l'être pour devenir définitif ? C'est là une question de fait, dont la solution dépend, dit la jurisprudence, de la nature du contrat et de l'intention des parties (2). Il s'agira avant tout de s'inspirer des circonstances et de voir si, en raison et en équité, il est permis de tenir l'obstacle en question pour un simple empêchement momentané.

(1) Wahl, *La Guerre considérée comme force majeure*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1915, p. 383 et suiv.

(2) V. en ce sens, Cass., 12 fév. 1888, D. 1888.1.203.

Cela déterminé, quel sera l'effet d'une telle force majeure ? — Son caractère même le laisse apercevoir. Puis qu'elle n'est que momentanée, elle ne rend l'exécution impossible que relativement, c'est-à-dire présentement : plus tard, lorsque l'obstacle aura disparu, l'exécution deviendra possible : donc l'obligation subsiste, son effet étant seulement suspendu, et le contrat continue à vivre (1).

Pour notre question, les résultats de cette doctrine sont aisés à déduire. Le contrat de travail étant maintenu, et son exécution provisoirement suspendue, l'ouvrière renvoyée pendant un temps ne pourra réclamer les salaires afférents à cette période (2). Toutefois, ainsi que nous l'avons dit pré-

(1) V. en ce sens, Req., 7 mai 1872, D. 72.1.456 ; LAURENT, t. XVI, N° 271, p. 333, qui dit expressément : « Si le cas fortuit, tel que la guerre, vient à cesser, et si les choses sont encore entières, en ce sens que l'exécution de la convention soit possible, l'exécution pourra être poursuivie. » Cf. aussi WAHL, *op.* et *loc. cit. Adde* BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Louage*, t. II, N° 1685 *in fine*.

On conçoit qu'un contrat puisse continuer à subsister alors que son effet est momentanément arrêté : cette dissociation du contrat et de son effet est chose possible. C'est ainsi que nous verrons plus loin, à propos du contrat d'assurance sur la vie passé, au profit de sa femme, par un individu qui vient à être mobilisé, que l'effet du contrat est, en vertu d'une clause de style de la police, suspendu à l'égard de l'assuré exposé aux risques de guerre. S'il ne signe pas un avenant et ne paie pas une surprime, l'assurance ne joue pas en sa faveur tant qu'il demeure à l'armée. Mais après son retour dans ses foyers, le contrat reprend son plein effet, et aux conditions antérieures, puisque c'est le même contrat qui continue.

(2) C'est une application de cette idée qu'a faite le Tribunal de la Seine, le 20 janv. 1915 (*Gaz. des Trib.*, 13 mars 1915), lorsqu'il a décidé qu'il n'y avait pas lieu à salaires pendant la période de fermeture forcée d'un magasin à la suite de pillage, parce qu'alors il y avait force majeure.

Pour nous cette solution s'explique par l'idée de la force majeure — si elle a existé réellement en fait — qui a contraint l'employeur à arrêter ses affaires, et l'a délié par là de l'obligation contractée en vue de la bonne marche de ses opérations. Pour M. Wahl, cette décision ne pour-

cédemment (1), ce que cette solution pourrait avoir de rigoureux pour la femme, privée ainsi du jour au lendemain des ressources qui la faisaient vivre, trouvera un tempérament dans les principes du Code civil lui-même. L'article 1135, notamment, décide que la convention oblige non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Si une force majeure vient libérer le patron de l'obligation qu'il a contractée, elle peut le laisser tenu, dans la mesure du possible, d'observer l'usage et l'équité. Or l'usage veut que toute période d'appointements en cours soit payé intégralement. Et l'équité exige, si la période courante touche à sa fin et que l'interruption doit être longue, qu'une certaine anticipation soit accordée à la femme sur la période suivante, à titre de dédommagement ; le montant en étant fixé eu égard à la nature des services engagés et au temps écoulé.

Dès que l'obstacle de force majeure aura disparu, et cela peut être avant la réouverture de la maison, l'employée sera en droit d'exiger sa réadmission à l'atelier, ou plutôt le paiement de ses gages — l'obligation du patron consistant essentiellement en cela. Bien entendu, il lui sera permis d'imposer le respect des conditions primitives, puisque c'est le même contrat qui continue à régler leurs rapports (2).

C'est bien là ce qui se passera pour le contrat à durée déterminée. Pour celui à durée indéterminée, il en sera autrement. Comme il peut prendre fin à chaque instant par la volonté de l'une des parties, à condition que celle-ci invoque une raison légitime, le patron trouvera précisément dans cette

rait se justifier que par la considération d'une clause *rebus sic stantibus* sous-entendue.

(1) V. p. 340.

(2) V. en ce sens Seine, 4 mai 1915. *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915.2.47.

impossibilité absolue un juste motif de résiliation : seulement il devra respecter les délais de préavis d'usage, aucune faute ne pouvant être relevée à la charge de l'ouvrière.

Dans cette situation l'équité est en accord avec le droit : on fait une situation raisonnable aux deux parties.

B. — L'Impossibilité est définitive

Il s'agit cette fois d'un obstacle qui rend l'exécution pour toujours impossible, ou tout au moins pour un temps si long qu'on ne peut songer à en attendre la fin. C'est bien maintenant une véritable force majeure, avec ses deux caractères : absolue et définitive.

Quelle conséquence aura-t-elle ? Le débiteur ne pouvant exécuter son obligation par force majeure en est libéré, parce qu'à l'impossible nul n'est tenu (art. 1302, C. civ.) (1).

Mais comment en est-il libéré ?

Nous avons vu que théoriquement le débiteur, c'est-à-dire l'employeur, n'est pas empêché d'exécuter son obligation par la force majeure. Dès lors l'inexécution de celle-ci devrait simplement donner lieu à l'application de l'article 1184. Le créancier, c'est-à-dire l'ouvrière, aurait droit de demander la résolution du contrat ; et, celui-ci étant d'ordre successif, ce serait en l'espèce une dissolution, n'opérant que pour l'avenir. La convention ne serait donc pas rompue de plein droit : il faudrait, pour délier les parties, l'intervention de la justice.

Toutefois, nous l'avons vu aussi, cette interprétation de l'incidence de la force majeure nous semble uniquement doctrinale. En fait, les événements de guerre qui viendraient paralyser une industrie mettraient son chef dans l'impossi-

(1) V. Wahl, *Le Droit de la guerre*, t. II, N° 1034, p. 35-36.

bilité économique et juridique de remplir ses obligations ; et, c'est ainsi que la pratique a considéré les choses. Qu'en résultera-t-il ? Selon les principes de la force majeure (1), le contrat sera dissous de plein droit. Il s'en suit que l'ouvrière renvoyée ne pourra élever aucune réclamation : le lien qui l'unissait au patron a été brisé par les événements ; tous deux sont désormais indépendants. Elle n'aura droit à ses salaires que jusqu'au jour de la survenance de la force majeure ; pour le temps postérieur, il ne lui est pas permis de solliciter une rémunération, sa créance étant éteinte. Cependant ici encore l'usage et l'équité viendront à bon droit tempérer ce que cette situation a de brusque et d'immérité. L'ouvrière invoquera à

(1) V. Art. 1722 C. civ.

On invoquerait en vain, à l'encontre de cette opinion, l'art. 1184 déclarant qu'en cas d'inexécution le contrat n'est point résolu de plein droit, mais qu'il appartient au créancier, ou de forcer le débiteur à l'exécution lorsque celle-ci est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. Le choix que cet article laisse au créancier montre quelle a été ici l'intention du législateur : il vise uniquement l'inexécution imputable au débiteur. Sinon, s'il prévoyait également la force majeure, il n'aurait pas accordé à la victime de façon aussi absolue le droit de forcer son partenaire à l'exécution lorsqu'elle est possible, parce qu'en cas de force majeure l'exécution est *a priori* impossible. Sinon, surtout, il ne lui aurait pas donné la faculté de solliciter la résolution avec dommages et intérêts, parce que, en une telle hypothèse, l'art. 1148 nous le dit, le débiteur ne peut être condamné à des dommages et intérêts. Qu'il en soit autrement, il y aurait là une contradiction formelle.

Par la suite nous avons vu notre opinion confirmée, en prenant connaissance de la note de M. Planiol au D. 91.1.329. Le savant maître établit nettement que, tant au point de vue historique qu'au point de vue juridique, l'art. 1184 est étranger à la force majeure. Lorsque celle-ci se produit, le contrat est résolu de plein droit, sans qu'il soit besoin de faire appel à la justice : l'une des obligations s'éteint faute d'objet, et l'autre qui, dans une convention synallagmatique, lui est corrélative, disparaît faute de cause. Les deux obligations ayant cessé d'exister, le contrat tombe par là même, automatiquement. (Cf. en ce sens BRUNET, *La Guerre et les Contrats*, p. 26, 30-32. Cf. en sens contraire SCHAFFHAUSER, *Lois Nouvelles*, 1915, I, p. 33).

juste titre l'article 1135 du Code pour obtenir le paiement de l'intégralité de la période de gages en cours, et, à défaut de cela, l'octroi, en tant que dédommagement, d'une raisonnable portion des appointements afférents à la période qui allait s'ouvrir.

D'autre part, étant dégagée aussitôt de toute obligation, elle jouit de l'avantage — si avantage il y a — de pouvoir se chercher du travail sans retard.

Enfin, l'impossibilité d'exécuter étant totale par hypothèse, c'est-à-dire absolue et définitive, il n'y a pas à se préoccuper de la réouverture de l'établissement. D'ailleurs, toutes relations ayant cessé entre les parties, c'est une éventualité qui, si elle se produisait beaucoup plus tard, serait indifférente.

Telles sont les solutions auxquelles conduit l'existence d'une force majeure véritable, solutions qu'indique le droit commun. Mais celui-ci est-il tout à fait applicable en l'espèce ? La force majeure qui pèse sur l'employeur est d'un caractère particulier : elle est pour ainsi dire indirecte. Ce n'est qu'en considération d'autre chose et eu égard à l'intention d'équilibre et d'équivalence nourrie par les parties en contractant, que l'on considère le patron comme empêché. Matériellement, il ne l'est pas ; économiquement, il l'est. Dans ces conditions, la force majeure agissant sur le contrat opérera-t-elle de plein droit ? Sa nature spéciale ne permettrait-elle pas seulement une dissolution judiciaire, laissant au juge une certaine liberté d'appréciation ? Bien que moins conforme aux principes de la force majeure, cette opinion se rapprocherait peut-être davantage de celle que la jurisprudence, si elle avait été consultée sur la question, aurait admise. Elle avait une tendance marquée, avant la guerre, à ne pas reconnaître à la force majeure l'effet d'une dissolution

de plein droit, et à lui consentir simplement l'application de l'article 1184 (1). Depuis les hostilités, elle a semblé parfois, en d'autres matières, manifester même disposition (2). Du reste, entre les deux solutions la différence ne serait pas bien grande, le juge devant quand même, en cas de contestation du créancier, intervenir pour constater l'existence de la force majeure.

Pour le contrat à durée indéterminée, la force majeure fournira encore ici au patron un juste motif de renvoi. Elle ne le dispensera pourtant pas, à notre avis, de respecter les délais d'usage (3).

Somme toute, si des événements de ce genre viennent à se réaliser et à frapper le contrat de travail, les difficultés soulevées ne seront pas nombreuses ; de plus, elles pourront, selon nous, être résolues par l'application même des principes posés par le Code, ceux-ci étant entendus libéralement et dans le sens le plus favorable aux intérêts pratiques qu'ils ont mission de régler.

(1) V. Civ., 14 avril 1891, D. 91.1.329 et note de M. Planiol ; Req., 19 octobre 1897, D. 97.1.576 ; Cf. Req., 26 juillet 1909, D. 1911.1.55.

(2) Cf. Seine, 4 mai 1915, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915.2.47 ; Seine, 2 mars 1915 ; *Rec. Gaz. Trib.*, 1915.2.158 ; *Adde Lois Nouvelles* 1915. 1, p. 33.

(3) Cf. en ce sens Cass., 21 novembre 1893, S., 95.1.166 ; Seine, 2 mars 1915, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915.2.158 ; Cass., 8 février 1916, S., 1916, *Bull. Som.*, 1re part., p. 4. — *Contra* Baudry et Wahl, *Louage*, t. II, N° 2966 ; Demogue, *Rev. trim. Droit civil*, 1915, p. 519 et 520. *Adde* le même, *op. cit.*, 1916, p. 118-119.

SECTION II

IMPOSSIBILITÉ RELATIVE D'EXÉCUTER

Plutôt rares, avons-nous dit, seront les cas où l'employeur sera placé dans une impossibilité absolue d'exécuter son obligation ; celle-ci consiste à payer le salaire convenu et la force majeure ne l'en empêche pas directement ; elle s'exerce en effet, non sur cet élément, mais sur un autre, son entreprise qui lui fournit des capitaux et pour l'exploitation de laquelle il a passé le contrat. Plus fréquentes seront les hypothèses où les circonstances de guerre, sans mettre le patron dans l'impossibilité absolue de poursuivre ses affaires, créeront pour lui des difficultés supplémentaires, des surcharges, des inconvénients de toutes sortes, se traduisant par un surcroît de dépenses, un moindre gain, bref un exercice plus pénible, plus onéreux et plus incertain. Devant ces à-coups du sort, et pour ne pas compromettre sa maison et ses intérêts, l'industriel se décide à prendre des mesures qui lui semblent indispensables : il ferme son atelier ou son magasin, il réduit son personnel, ou il aiguille sa fabrication vers un autre genre. Des ouvrières se trouvent renvoyées. A leurs réclamations, l'employeur répond que la force majeure l'a contraint à agir ainsi. Que penser de cette allégation ?

Il n'y a pas force majeure, a déclaré dans sa grande majorité la jurisprudence, ces événements ne faisant que rendre l'exécution du contrat plus difficile ou plus onéreuse, et ne la

rendant pas impossible. Donc, malgré eux, le contrat continue, et il fait toujours la loi des parties (1).

En conséquence les droits et obligations des cocontractants seront ce qu'ils étaient précédemment. Le patron est tenu de garder l'ouvrière à son service et de lui payer le salaire convenu. Comme on ne peut le forcer à conserver son établissement ouvert, s'il ne le veut pas, on doit admettre qu'alors même qu'il n'aurait pas fourni de travail à son employée, il ne lui en devrait pas moins les appointements promis (2). C'est un résultat rigoureux, inévitable cependant en droit strict, du moment qu'on ne reconnaît pas l'existence d'une force majeure.

Les décisions de jurisprudence se sont contentées en général de dire que le contrat est maintenu, entendant par là que si, après avoir été obligé de fermer son exploitation, le patron la rouvre, il sera tenu de reprendre son ouvrière (3). Mais, durant le chômage qui lui a été imposé, il ne serait pas contraint d'acquitter sa dette. Le contrat serait donc suspendu (4). La cessation des opérations de l'employeur, tout en n'étant pas suffisamment grave pour provoquer la rupture de la convention, l'entraînerait néanmoins dans une sorte de léthargie, dont elle ne sortirait qu'une fois les affaires reprises.

Toutefois cette suspension, pour être admissible, ne saurait

(1) V. en ce sens les décisions rapportées, p. 334, Note 4.

(2) En ce sens Seine, 20 janv. 1915, *Gaz. des Trib.*, 13 mars 1915 ; Seine, 28 janvier 1916, *Gaz. des Trib.*, 11 juin 1916. Cf. Demogue, *Rev. Droit civil*, 1915, p. 519; Wahl, *Le Droit de la Guerre*, t. III, N° 1858-1859, p. 20-21.

(3) En ce sens Cass., 4 août 1915, *Rec. Gaz. Trib.*, 1915.1.28 ; Seine, 10 décembre 1915, *Gaz. des Trib*,. 13 fév. 16 ; Cass., 8 fév. 16, S., 16, *Bull. Som.*, 1re part., 4 ; Paris, 16 oct. 16, *Gaz. du Pal.*, 24 nov. 16.

(4) V. notamment Paris, 16 oct. 16, *Gaz. du Pal.*, 24 nov. 16.

avoir qu'une durée limitée. Indéfinie, elle constituerait une entrave à la liberté de l'une ou de l'autre des parties, en l'emprisonnant, pour un temps dont on ne peut prévoir le terme, dans les liens d'un engagement désormais sans effet, et en l'empêchant d'utiliser son activité. Chacune d'elles, étant débitrice, pourrait se voir réclamer l'exécution de son obligation après un intervalle démesurément prolongé : en attendant elle ne disposerait pas de l'indépendance qui lui est nécessaire pour assurer son existence ou celle de sa maison et chercher du travail ou de la main-d'œuvre ailleurs. Aussi c'est un système qui ne saurait être accepté. C'est ce qu'ont reconnu certaines décisions judiciaires, repoussant la prétention d'employeurs qui soutenaient, afin d'échapper à une demande de dommages et intérêts pour renvoi abusif ou brusque, que le contrat de travail était suspendu pendant toute la durée de la guerre (1).

Ainsi l'industriel qui a été obligé, à la suite de circonstances rendant son exploitation difficile et onéreuse sans cependant la rendre impossible, de fermer son établissement, doit reprendre son ouvrière lors de la réouverture de ce dernier, à moins pourtant que, s'appuyant sur la prolongation des obstacles, lui-même ou sa subordonnée ait fait prononcer la dissolution judiciaire du contrat. Et il devra la reprendre aux conditions préalablement établies, notamment lui payer le même salaire que par le passé (2). C'est logique : puisque le contrat continue, les obligations restent les mêmes. Peu importent les perturbations que les événements aient

(1) V. en ce sens, Seine, 4 mai 1915, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915.2.47 ; Paris, 20 avril 1916, *Rec. Gaz. Trib.*, 1916.2.155, *Gaz. Trib.*, 15 juillet 16.

(2) V. en ce sens notamment, Cass., 4 août 1915, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915-1.28.

amenées dans ses affaires, l'augmentation de ses prix de revient, la diminution de ses ventes, leur pénurie même : tout cela est indifférent (1). S'il ne consentait à la reprendre qu'à un tarif inférieur, cette prétention équivaudrait à un refus de sa part (2).

D'un autre côté, l'exploitant qui n'aurait pas fermé sa maison, mais voudrait, étant donné les conditions nouvelles créées par la guerre et le surcroit de charges qu'elles lui imposent, réduire son personnel, ne le pourrait faire ; les contrats qu'il a passés avec ses ouvrières le retiennent : force lui est de les respecter, quelles que soient les circonstances modificatrices de la situation des parties : sinon, il s'expose à des dommages et intérêts.

De même encore, celui qui, sans songer à aucun renvoi, diminuerait les appointements payés jusque-là à ses employées, sous prétexte que le manque d'affaires ne lui permettrait plus d'observer les arrangements antérieurs, engagerait sa responsabilité : le pacte qui fait la loi des parties le lie : il ne peut y déroger de sa seule volonté ; les moments pénibles qu'il traverse n'augmentent pas son droit à ce sujet (3). Sa partenaire pourrait à juste titre solliciter la résiliation du contrat, et la faire prononcer aux torts et griefs du violateur. Si, en attendant, elle avait reçu le salaire réduit que l'employeur lui offrait, il n'en résulterait pas une preuve de l'acceptation de cette réduction ; à peine y trouverait-on une présomption en ce sens, les juges conservant le pouvoir

(1) En ce sens Cass., 4 août 1915 précité.

(2) V. en ce sens Cass., 4 août 1915 précité.

(3) V. en ce sens Seine, 10 déc. 1915, *Gaz. des Trib.*, 13 fév. 15 ; Paris, 20 avril 1916, *Gaz. des Trib.*, 15 juillet 16, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1916.2.155. Wahl, *Le Droit de la Guerre*, t. III, N° 1866-1867, p. 29-30.

de décider, d'après les autres éléments de la cause, s'il y a eu acceptation ou non (1).

Nous le voyons donc : les circonstances de guerre qui viennent rendre l'obligation de l'employeur plus difficile, plus lourde ou plus onéreuse, ne le libèrent pas de l'exécution, et ne lui permettent même pas de la modifier. Nonobstant ces événements il doit conserver l'ouvrière à son service et lui payer les salaires antérieurement promis. S'il se croit obligé de fermer son établissement, il devra plus tard, lorsqu'il le rouvrira, et pourvu que ce ne soit pas trop tard, reprendre son ancienne employée : tout au plus une certaine jurisprudence lui concède-t-elle, en s'inspirant de l'équité, le droit de ne pas payer les salaires pendant le temps où il ne peut pas faire travailler. Faible atténuation, et pas admise de façon unanime, à la rigueur des principes. En général et conformément à ceux-ci, l'employeur que ces événements atteignent demeure soumis aux prescriptions du contrat qu'il a volontairement passé.

Il en est ainsi du moins pour le contrat à durée déterminée. Pour celui à durée indéterminée, ces circonstances aggravantes de son obligation pourront, selon les cas, fournir au patron un juste motif l'autorisant à mettre fin à son engagement (art. 1780, Code civil) (2). C'est là, si une contestation se soulève, une question de fait, dépendant de l'appréciation des tribunaux (3). En tout cas l'employeur n'en

(1) V. en ce sens Paris, 16 octobre 1916, *Gaz. du Pal.*, 24 nov. 16.

(2) V. en ce sens Cass., 4 août 1915 précité, et Seine, 10 déc. 1915 précité également. *Adde* DEMOGUE, *Rev. Droit civil*, 1915, p. 519, et 1916, p. 119.

(3) La Cour de cassation a admis que la diminution des recettes constituait un motif légitime. Cass., 15 fév. 1899, S., 99.1.313. Cf. BAUDRY et WAHL, *Louage*, 3e édit., t. II, 1re part., No 2900. C'est sous cette forme précisément que se traduiront souvent les effets de la guerre.

sera pas moins tenu d'observer les délais de prévenance d'usage (1).

SECTION III

DISCUSSION ET RÉALISATION

A. — Critique de la jurisprudence et essai d'une construction nouvelle

En somme, que l'obstacle à l'exécution consiste en une impossibilité absolue ou seulement en des difficultés plus grandes, son influence sur le contrat de travail sera déterminée d'après les principes du droit commun. Telle est la conclusion qui résulte d'une façon générale de l'examen de la jurisprudence. Celle-ci n'a pas tenu compte des circonstances particulières d'où naissaient ces empêchements, c'est-à-dire de la guerre (sauf peut-être qu'au cas où des difficultés, non insurmontables, conduisent le patron à fermer son établissement, certains jugements ont décidé qu'il ne devrait pas les salaires échus pendant la période du chômage). Elle a traité ces événements comme tous autres du même genre et leur a appliqué simplement le droit commun. C'était déjà la méthode d'interprétation qu'elle avait adoptée lors de la précédente guerre, en 1870-71 ; alors aussi les faits invoqués comme forces majeures devaient, pour pouvoir être reconnus comme telles, réunir les caractères ordinaires de cette

(1) V. en ce sens Cass., 4 août 1915 précité ; Seine, 10 déc. 1915 précité également. Wahl, Note sous Cass., 4 août 1915, *Pand. Fr.*, 1916. 1.17. *Ibid.*, *Le Droit de la Guerre*, t. III, N° 1867, p. 31, N° 1930, p. 97. *Adde* Demogue, *Rev. Droit civ.*, 1915, p. 519-520.

notion (1). Et on peut dire que, dans son ensemble, la jurisprudence actuelle n'a fait que suivre sur ce point sa théorie traditionnelle.

Sans doute une telle constance est salutaire en principe, puisqu'elle assure l'unité du droit et le met à l'abri des influences occasionnelles. Cependant, lorsqu'elle s'exerce à l'égard d'événements exceptionnels, elle peut être d'un effet contestable. Elle maintient le droit en un état de stagnation qui contraste de manière regrettable avec la perpétuelle évolution de la vie ; elle l'oblige à demeurer impassible devant les besoins de la pratique qu'il a pourtant pour mission de satisfaire, et par suite à méconnaître son but. En fin de compte la continuité de vue n'est obtenue qu'au détriment de l'utilité sociale. Est-ce là un bon résultat ?

Spécialement, appliquer aux conflits suscités par la guerre actuelle, les solutions dégagées dans des circonstances analogues voilà près d'un demi-siècle, semble un procédé d'interprétation rigide à l'excès, marqué d'un dangereux oubli de l'opportunité et d'un singulier mépris de cette adaptation, si nécessaire pour le bon ordre social, du droit à la vie. Suffit-il vraiment, pour régler ces discordes, en apparence semblables aux précédentes, au fond différant d'elles dans une mesure comparable, toutes proportions gardées, à celle qui sépare la guerre actuelle de l'autre, suffit-il vraiment de transposer des règles inspirées avant tout des nécessités de l'heure, à la satisfaction desquelles d'ailleurs le droit commun pourvoyait ? C'est d'une méthode expéditive, mais peu sage. La situation générale présente est-elle la même que celle amenée par la guerre de 1870 ? En comparer les élé-

(1) V. en ce sens Trib. comm. Seine, 2 janvier 1871, D., 71.3.17 ; Trib. comm., Rouen, 27 mars 1871, D., 71.3.17, note 7 ; Nancy, 14 juillet 1871, D., 71.2.158 ; Paris, 2 déc. 1871, D., 72.5.307.

ments, c'est s'en rendre compte aussitôt. L'Armée n'englobait pas alors, comme aujourd'hui, toute la population masculine, toutes les forces vives de la nation. Par suite la désorganisation que la seule déclaration des hostilités jeta dans la vie du pays n'eut pas une ampleur correspondante à celle qu'elle prit de nos jours. La guerre ne revêtit pas ce caractère d'acharnement qui fait porter la perturbation jusque dans les régions éloignées de la zone des combats, tant sur terre que sur mer. Elle n'emporta pas dans sa tourmente la majorité des nations du monde. Dans ces conditions le désarroi qu'elle provoqua dans le pays n'eut pas des proportions comparables à celles qu'il atteignit cette fois. D'autant plus que le régime économique actuel diffère essentiellement de celui qui existait alors. A cette époque, le pays naissait encore à la grande industrie ; le commerce des villes débutait à peine dans cette expansion qui devait devenir si grande ; enfin la place occupée par la femme sur le marché du travail était minime. Tout concorde donc pour montrer que les troubles jetés par la guerre dans l'activité économique de la nation sont d'un autre ordre que ceux suscités par la guerre de 1870-71. Dés lors peut-on leur appliquer purement et simplement les solutions adoptées à ce moment ? Et peut-on aussi se contenter d'appliquer aux conséquences d'une guerre qui apparaît comme si exceptionnelle, les seuls principes du droit commun ? Ne faut-il pas faire place aux circonstances ?

Sans doute la guerre est un événement qui a été aperçu parfois par les rédacteurs de nos Codes et classé par eux parmi les forces majeures : seulement l'unique guerre qu'ils aient pu prévoir est celle de leur temps, vieux déjà de plus d'un siècle. Les préceptes élaborés en 1804 pour régler les effets de cette situation s'adaptent-ils encore à ceux que, sous un nom semblable, une situation de degré et peut être

de nature différents suscite maintenant ? De nature différente : car, sur le contrat de travail, la guerre ne se manifeste pas, le plus souvent, par elle-même, par un acte d'hostilité proprement dit, mais par des conséquences plus ou moins indirectes. Exiger que celles-ci réunissent les caractères ordinaires de la force majeure, si stricts et si rigides, c'est rendre l'application de cette notion presque impossible ; c'est, par là, déclarer sans importance et inopérantes toute une série de circonstances et de réactions, graves pourtant. Est-ce conforme à l'utilité sociale ? N'est-ce pas le cas de le dire : *Summum jus summa injuria* ? A vouloir se tenir dans l'absolue légalité on arrive à consacrer l'injustice.

C'est probablement par des considérations de ce genre que la jurisprudence s'est laissé influencer lorsqu'elle a, en certaines occasions, refusé elle-même de déduire toutes les suites logiques du système qu'elle avait établi. Nous avons vu précédemment, en effet, une partie des tribunaux décider que l'employeur contraint par les circonstances — sans qu'il y eut là cependant une force majeure — de fermer son exploitation, ne serait pas obligé de payer ses ouvrières durant cette période (1). C'est une atténuation à la théorie admise en principe : du moment qu'il n'y a point de force majeure l'en exonérant, le patron devrait fournir à ses subordonnées le salaire promis. Les tribunaux ont reculé devant cette solution qui eût fait éprouver au chef d'entreprise une perte injustifiée. Pourquoi alors poser un tel principe, puisqu'on ne croit pas pouvoir en assurer la parfaite réalisation ?

Et quand on l'applique, le système produit également des résultats fâcheux. Les faits en question, ne constituant pas une force majeure, ne sont pas pris en considération par la justice : quelles perturbations cela n'entraîne-t-il pas ?

(1) V. p. 349, note 4.

Le patron est obligé, au jour de la réouverture de son établissement, de reprendre une ouvrière dont il n'a peut-être plus besoin. En retour l'ouvrière est tenue de se représenter, alors qu'elle est peut-être engagée ailleurs. Là encore, devant les suites par trop rigoureuses de cette théorie, la jurisprudence a dû céder et accepter des atténuations. Elle a été forcée de reconnaître que la suspension du contrat de travail, en général admissible, ne l'était plus lorsque la fermeture menaçait d'avoir une trop longue durée et portait ainsi atteinte à la liberté des parties (1).

Le patron est obligé, malgré la survenance de circonstances pouvant l'atteindre gravement, de continuer à payer à son ouvrière le salaire antérieur. Obligation qui paraît tout à fait équitable au premier abord. Selon le proverbe : chose promise, chose due. Il semble juste que l'ouvrière, n'ayant pas les avantages de l'entreprise, ne doive pas en supporter les inconvénients, et ne puisse, pour des considérations qui lui sont étrangères, se voir privée du gain qui lui avait été normalement assuré. Et en vérité ce ne sera là qu'une surcharge pour un industriel aisé et dont le commerce, bien que ralenti, poursuit sa marche. Mais c'est une obligation qui sera très onéreuse pour un petit exploitant, ayant engagé, comme cela se pratique par exemple dans la mode ou la couture, une bonne faiseuse à laquelle il consent un traitement élevé, mû par l'idée qu'il regagnera partie de celui-ci en se contentant pour le surplus de demi-ouvrières ou d'apprenties. Que ces événements viennent lui enlever sa clientèle, et le voilà condamné à servir ainsi une rente hors de proportion avec ses affaires, sur lesquelles pourtant il comptait pour l'acquitter.

Le patron, enfin, est obligé, nonobstant les événements,

(1) V. p. 350, note 1.

de conserver son ouvrière ; il lui est défendu, n'étant pas frappé par une force majeure, de la renvoyer. Solution imposée par la simple équité, croirait-on également aussitôt : il ne faut pas laisser au patron la faculté d'abandonner son employée en un tel moment, alors que celle-ci éprouvera peut-être de grandes difficultés pour se replacer. Solution qui a toutefois son revers : l'ouvrière est, de son côté, astreinte à rester chez son patron. Si elle s'est engagée jadis, sous l'impulsion du besoin, à un prix désavantageux, ou même si elle l'a fait à un prix raisonnable pour l'époque, que deviendra-t-elle actuellement quand, sous l'empire des événements, le coût de la vie aura augmenté dans d'énormes proportions ? La convention qui la lie l'enchaîne, et la contraint à travailler à un prix désormais insuffisant et vil.

La rigueur d'interprétation assure bien ainsi la stabilité des transactions, seulement c'est au détriment de l'une ou de l'autre des parties ; celle-là se voit imposer une situation nouvelle, toute différente de celle qu'elle avait envisagée en traitant, et gravement préjudiciable pour elle. Le contrat fait la loi des parties, proclame-t-on sans cesse. Oui, mais c'est une loi que les circonstances ont pu rendre léonine : or le Code défend de faire des conventions de ce genre. Pour les deux contractants il faut plus de liberté : on ne peut pas ne pas leur tenir compte des modifications intervenues dans leur situation respective. C'est d'une nécessité si évidente que la jurisprudence, après leur avoir refusé en principe tout droit à la prise en considération des événements, a été obligée, par la force même des choses et les excès auxquels sa doctrine eût abouti, de s'incliner devant les faits et de leur reconnaître une certaine valeur en droit. Concession modeste, et cependant suffisante pour ébranler le système. Ces atténuations, en effet, sont en contradiction formelle avec la règle adoptée

comme point de départ. Affirmant tout d'abord que les événements de ce genre ne constituent pas une force majeure et ne doivent donc pas avoir d'influence sur le contrat qui continue sa vie antérieure, les tribunaux arrivent ensuite à admettre que durant la fermeture de ses magasins le patron ne sera pas tenu de payer le salaire promis — et que la fermeture d'une trop longue durée amènera la dissolution du contrat. Comment expliquer ces solutions et concilier le principe et l'atténuation? La jurisprudence ne nous le dit pas ; elle se contente de donner ces décisions sans fournir à leur appui des raisons d'ordre juridique. Le seul argument qu'elle invoque c'est l'équité. Cela ne suffit pas pour justifier les dérogations qui sont ainsi apportées au droit commun. On a cherché à le faire pour elle.

M. Wahl s'y est efforcé. Selon lui, ces jugements ne peuvent se comprendre que d'une façon : en sous-entendant dans l'interprétation du contrat une clause *rebus sic stantibus* (1). Grâce à cette clause supposée, les parties seront censées ne s'être engagées à exécuter leurs obligations qu'autant que l'état de choses existant au moment où elles se sont liées, demeurerait le même. Qu'un changement survienne, bouleversant le régime prévu et rendant l'accomplissement de leur promesse plus lourd ou plus onéreux, les cocontractants n'auront pas à le subir : leur pacte se trouvera par la même résolu ou amendé.

Il n'y a rien d'extraordinaire à cela, ajoute l'éminent juriste : les parties peuvent convenir qu'un événement de force majeure les libérera ou modifiera les conditions de leur engagement alors même qu'il n'aurait pour effet que de rendre difficile ou onéreuse l'exécution de leurs obligations ;

(1) V. note sous Cass., 4 août 1915, *Pand. fr.*, 1916.1.17.

« et comme toute clause peut être tacite, les juges ont le droit de chercher dans les circonstances de la cause, la preuve que les parties ont entendu faire l'une ou l'autre de ces conventions (1) ».

Oui. Seulement, puisqu'une semblable convention concerne des événements que les intéressés n'ont pas prévus, ou même — tels les événements de guerre — n'ont pas pu prévoir, par dessus tout auxquels ils n'ont pas songé, les juges auront peine à trouver dans les circonstances de la cause la preuve que les parties ont entendu faire cette convention. En réalité, ne pensant pas à l'avenir, elles ne l'ont pas envisagée. Se baser donc sur leur intention pour la sous-entendre, c'est donner une solution ingénieuse, mais c'est consacrer une fiction. D'autre part, permettre au juge de tenir compte de la clause, et par suite des circonstances, ou de n'en pas tenir compte, selon le résultat de ses investigations personnelles, c'est ériger l'arbitraire en système. Certains croiront trouver une telle volonté chez les cocontractants, et en conséquence modifieront leurs obligations : d'autres ne la rencontreront pas, et se refuseront à tout changement. On aboutira ainsi à un ensemble de décisions contradictoires, dans lesquelles l'admission d'un tempérament estimé nécessaire dépendra uniquement du bon vouloir du magistrat.

Au surplus, pourquoi veut-on rechercher l'intention des parties ? C'est sans doute parce que le Code conseille, dans l'interprétation des contrats, de s'attacher plutôt à la commune intention des parties qu'aux termes mêmes de la convention (art. 1156, C. Civ.). — Principe de simple bon sens que le Code n'avait pas besoin de proclamer, presque

(1) V. note précitée.

tous nos contrats, à l'inverse de ceux du droit romain primitif, étant consensuels et de bonne foi. — Mais n'est-ce pas aussi à raison de la nature du contrat, à raison du contrat lui-même ? Nous l'avons déjà dit (1), nous sommes en présence d'un contrat commutatif, où ce que chacune des parties promet de donner ou de faire est regardé comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle (art. 1104, C. Civ.). Dans le contrat de travail il y a un équilibre qui est envisagé par les parties : chacune, avant de traiter, considère l'équivalent offert par son partenaire, et ne s'oblige que si cette prestation correspond à la sienne. Par là même, et par ce fait également que le contrat est de bonne foi, chacune ne s'engage à fournir quelque chose qu'en retour d'une autre que son associé lui fournira. Voilà, d'après le nature propre du contrat, et sans qu'il soit besoin de faire des recherches ultérieures, quelle est l'intention des parties.

Qu'une circonstance vienne rendre très difficile ou très onéreux pour l'une d'elles l'accomplissement de l'obligation promise, l'autre pourra-t-elle, de bonne foi, exiger l'exécution intégrale, comme si rien n'était ? L'équilibre qui avait poussé la première à contracter, est rompu à son détriment. Si, en conséquence, elle réclame une modification de son obligation, l'autre sera-t-elle en droit de crier à l'injustice, alors que, de son côté, elle savait qu'il devait exister une certaine proportion entre leurs deux engagements, et que le contrat ne pouvait pas, étant donné son caractère commutatif, conduire à l'enrichissement de l'une par la ruine de l'autre? Pour que l'équivalence recherchée par tous deux demeure, il faut que le créancier soit, en face de cas de ce

(1) V. p. 338 et 340, note 1.

genre, tenu de subir dans une mesure raisonnable la situation nouvelle faite au débiteur. Son droit lui donne tout pouvoir dans les conditions prévues, parce que c'est en leur considération qu'il a été créé d'un commun accord. Qu'un état imprévu surgisse, rendant l'obligation plus difficile ou plus onéreuse, ce droit, tel qu'il a été établi, se trouve dépassé. Le créancier a stipulé en vue de circonstances déterminées : si celles-ci se modifient et donnent à la prestation promise une valeur qu'elle n'avait point avant, le bénéficiaire, en la réclamant, demanderait plus que ce qu'il a stipulé, et, en la gagnant, obtiendrait plus que ce que son droit lui confère. Tout en semblant n'user que de son droit, il en abuserait, car il l'exercerait hors des conditions normales envisagées, et contrairement à la commune intention que son partenaire et lui nourrissaient en contractant (1). Le débiteur, d'autre part, exécutant intégralement son obligation, telle que les circonstances l'ont rendue, paierait plus que ce qu'il a promis, non pas toujours de façon absolue certes, la somme ayant pu rester la même, mais de manière relative, économique, cette même somme étant devenue plus lourde pour lui, vu le changement de ses conditions d'existence.

On voit donc que les événements transformant une obliga-

(1) M. Wahl, critiquant la jurisprudence administrative qui admet cette idée (V. note précitée), déclare qu'il n'y a pas abus du droit à demander l'exécution intégrale du contrat, qu'il n'y a pas d'abus à réclamer le droit stipulé. Mais précisément les circonstances, en venant rendre l'obligation du débiteur plus lourde, ont donné plus de valeur au droit du créancier. Si celui-ci exige l'exécution intégrale du contrat, s'il réclame tout son droit, il exigera et réclamera plus que ce que le contrat lui alloue, et plus que ce que son droit, tel que le contrat l'a fixé, lui attribue. Les événements ont donné maintenant à son titre un prix qu'il n'avait pas jadis. En prétendant à une satisfaction complète dans les circonstances nouvelles comme dans les précédentes, il prétend à davantage qu'autrefois : il dépasse donc le droit qui lui a été consenti antérieurement, il en sort et en fait une jouissance abusive.

tion en une charge imprévue par les parties, détruisent l'équivalence que celles-ci avaient voulu assurer, rompent l'équilibre qu'elles avaient poursuivi, et ruinent par là même le fondement qui servait de base au contrat. Celui-ci perdrait, s'il était exécuté à la lettre, son caractère commutatif : il n'aurait plus de ce pacte que le nom.

D'un autre côté, admet-on que dans l'application d'un contrat il faille tenir compte de sa nature et du rôle qui lui est ordinairement assigné, on s'aperçoit aussitôt qu'il ne sera point besoin, pour faire une place aux circonstances exceptionnelles alourdissant l'obligation du débiteur et modifier cette dernière en conséquence, de procéder à de hasardeuses inductions. Rechercher si, en fait, les parties ont mutuellement entendu ne s'obliger que par rapport aux conditions normales existantes, tout changement de celles-ci les dégageant, et en ce cas sous-entendre une clause *rebus sic stantibus*, c'est là une complication inutile : la plupart du temps les intéressés n'auront pas songé à ces événements inattendus, et, par le fait qu'ils ne les auront pas envisagés, n'auront pas déterminé leur effet sur la convention. De façon générale, quand on contracte on pense aux avantages que l'on se procure et aux charges que l'on assume. Si l'on considère parfois la situation du moment, on ne se préoccupe guère de celle qui pourrait advenir.

Aussi bien, ce sont là choses extérieures au contrat et dont on ne saurait faire grief aux parties de ne point s'inquiéter avec conscience. Elles n'en ont ni le moyen, ni le temps. Elles se lient pour obtenir un profit réciproque. Il suffit qu'elles ne puissent plus, sans faute de leur part, le recueillir, pour qu'on apprécie l'influence que les entraves ainsi survenues doivent exercer sur leurs obligations. Ce qui commande de faire entrer ces événements en ligne de compte,

c'est la nature même du contrat qui est à la fois commutatif et de bonne foi. Il faut, dans son application, veiller à la sauvegarde de ces éléments, si l'on veut qu'il reste tel que le droit l'a établi (1).

(1) Nous objectera-t-on que si on accepte une méthode d'interprétation aussi large on risque d'annihiler l'art. 1148 C. civ. (V. à ce sujet la note de M. Wahl précitée et nos observations, p. 340 note 1). Remarquons tout d'abord que l'art. 1148 est peut-être inutile par lui-même, pour cette raison que le principe qu'il édicte a déjà été énoncé par l'art. 1147. Celui-ci suffirait sans doute à libérer le débiteur qu'une force majeure empêcherait d'exécuter. Remarquons ensuite que notre conception laisse toujours place pour la force majeure proprement dite. Celle-ci conserve ses deux caractères d'absolu et de définitif, et entraîne la libération de plein droit du débiteur. Mais nous pensons qu'à côté une autre place pourrait être faite à ces événements qui rendent l'obligation plus difficile ou plus onéreuse, et qui n'ouvrent droit qu'à une modification judiciaire du contrat.

Enfin, l'art. 1148 trouvera toujours son application dans les contrats qui ne sont pas commutatifs, dans les contrats aléatoires et unilatéraux. Là, la force majeure pourra rester à la charge exclusive d'une des parties. Mais dans le contrat commutatif, ce qui doit prédominer c'est l'équilibre inhérent au contrat lui-même. Il doit exister une certaine équivalence entre l'obligation de l'un et celle de l'autre. Le Code nous montre plusieurs applications de cette idée. Si les contrats sont annulables pour erreur, dol, violence (art. 1117), c'est évidemment parce que dans ces cas il n'y a point de consentement, mais c'est aussi, au fond, parce qu'alors il y a inéquivalence dans les prestations des parties. N'est-ce pas cette idée également que l'on retrouve dans l'art. 1118 autorisant en une certaine mesure la rescision pour lésion, puis dans l'art. 1625 instituant la garantie dans la vente, enfin dans la loi du 9 avril 1898 qui impose au patron l'obligation de supporter les accidents dont ses ouvriers sont victimes durant et à l'occasion de leur travail, parce que profitant des bonnes chances que lui fournit l'ouvrier, il doit aussi subir les mauvaises dont celui-ci est frappé ? Il y a mieux encore : le Code fait lui-même une application directe de ces notions d'équilibre et d'imprévision. Nous la trouvons dans la réglmentation qu'il édicte au sujet des dommages et intérêts que devra le débiteur qui n'exécute pas par sa faute. Ces dommages et intérêts ne pourront jamais consister qu'en la perte subie et le gain manqué (Art. 1149 C. civ.). Et encore ils ne comprendront pas tout cela, mais seulement les dommages et intérêts *qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat* (Art. 1150 C. civ.). *S'il y a donc des imprévus, ils ne sont pas à la*

B. — Consécration pratique

Ces idées ne semblent pas avoir encore conquis la Jurisprudence. Les décisions qu'elle nous offre sur ce point et que nous avons signalées au passage, n'en ont tenté que de timides

charge du débiteur : *celui-ci ne répond pas de l'imprévision*. C'est le Code lui-même qui consacre cette règle. Et l'article 1152 la confirme en déclarant que si des dommages et intérêts ont été prévus par les parties, il ne pourra être alloué au créancier une somme plus forte ni moindre. Ainsi, avant tout, dans un contrat, il faut faire prévaloir la volonté des parties et l'équilibre qu'elles ont envisagé. Une convention n'oblige qu'à ce qui a été prévu ou a pu l'être.

N'est-ce pas parce qu'elle constitue un fait imprévu que le Code ne met pas ordinairement la force majeure à la charge du débiteur? Sans doute cette solution était inévitable et ne fait que consacrer le principe : à l'impossible nul n'est tenu. Cependant cela n'empêche pas que l'on conçoit aussi la solution inverse ; le débiteur, bien que ne pouvant pas exécuter par suite d'une force majeure, ne serait pas pour cela libéré de toute obligation envers le créancier. Si donc, en principe, on le déclare déchargé, c'est qu'on a trouvé inique de faire peser sur lui une chose qu'il n'avait pas entendu supporter. La preuve en est encore dans ce fait que le Code admet le débiteur à se charger de la force majeure (Article 1302-2) : alors l'événement ne le libérera pas, parce qu'il n'emportera pas une obligation imprévue pour lui : ce ne sera là qu'une conséquence de son contrat.

En somme, comme le dit M. Berthélémy (V. *Revue Politique et Parlementaire*, 10 juillet 1917, p. 48) : « La théorie de l'imprévision en matière d'interprétation des contrats est juridique et équitable dans la mesure où on peut lui assigner pour fondement et pour limite l'intention présumée des parties. C'est une application rigoureuse des règles du droit civil en matière d'interprétation des contrats. » C'est très juste. C'est l'interprétation du contrat, telle que le Code Civil la comprend, c'est-à-dire appuyée sur l'intention des parties, qui *oblige* à tenir compte, pour déterminer leur obligation, des faits qu'elles n'avaient pas prévus. Cette théorie de l'imprévision n'est pas, croyons-nous, comme le soutient M. Wahl (V. *Revue Trimest. Droit civil*, 1916, p. 292) une fiction d'une clause *rebus sic stantibus*. Celle-ci étant déjà pour nous une fiction, on aboutirait ainsi à une fiction d'une fiction ! Non, il faut aller plus loin. Encore une fois, ce sont les règles de l'interprétation du contrat qui l'impose : il est commutatif (et M. Berthelémy applique cette théorie avec raison, pensons-nous, même aux contrats

réalisations parcellaires. Aucun principe général ne les réunit : ce sont des solutions d'espèces, basées sur de simples considérations de fait.

aléatoires où l'idée d'équilibre n'est pas tout à fait absente (V. *Rev. Pol. et Parl.*, juillet 1917, p. 37), il est de bonne foi, il doit s'exécuter et s'interpréter conformément à la volonté des parties et à l'équité (C. civ. Art. 1134-1135-1156). S'il fait la loi des parties, c'est en ce sens qu'il les oblige à ce à quoi elles ont entendu s'obliger, et c'est tout. Les événements qui viendraient modifier les conditions d'exécution du contrat sont des circonstances qui, non prévues par elles, ne sont pas entrées dans leur intention et pour lesquelles elles ne se sont pas obligées. Dire le contraire, ce serait dire qu'elles se sont engagées sans volonté ; ce qui n'a pas été prévu par elles n'a pas été voulu.

C'est cette conception libérale qu'a adoptée la jurisprudence administrative. Elle a accepté de tenir compte, dans les concessions de travaux publics, des circonstances de guerre qui, sans réaliser des forces majeures, n'en constituaient pas moins des aggravations sérieuses des obligations des concessionnaires, pour les autoriser à relever les tarifs imposés au public.

En ce sens, Conseil de Préfecture de la Seine-Inférieure, 10 novembre 1915, *Gaz. des Trib.*, 8 février 1916. Conseil d'Eure-et-Loir, 14 janvier 1916, *Gaz. des Trib.*, 6 mars 1916.

En sens contraire, Conseil du Maine-et-Loire, 5 juillet 1916, *Le Droit*, 26 novembre 1916. Conseil des Alpes-Maritimes, 20 octobre 1916, *Le Droit*, 19 novembre 1916. Sur tous ces points, v. *Revue Droit public*, 1916, p. 206 et suiv.

Enfin le Conseil d'État s'est prononcé dans le sens de l'admission. Arrêt du 30 mars 1916, *Rev. Droit public*, 1916, p. 206 et suiv., *Revue Pol. et Parl.*, juillet 1917, p. 23 et suivantes. *Adde Revue Droit civil*, 1916, p. 292. — Arrêt du 8 février 1918, *Rev. Droit public*, 1918, p. 219 et suiv. (V. les intéressantes conclusions de M. Corneille, Commissaire du gouvernement, qui oppose la doctrine du Conseil d'État, acceptant les difficultés exceptionnelles et impossibles à prévoir comme causes de force majeure, à celle de la Cour de Cassation — Arrêt du 4 août 1915 — ne tenant pour telles que les impossibilités matérielles d'exécuter. V. p. 242 et suiv. *Adde* les *Notes* de M. JÈZE, *passim*).

Par des considérations analogues à celles que nous faisons valoir ci-dessus, un auteur s'efforce de démontrer la possibilité d'application en notre droit de la clause *rebus sic stantibus* (V. SERBESCO, *Effets de la guerre sur l'exécution des contrats*, *Revue de Droit Civil*, 1917, p. 349 et suiv.). Il nous semble que les raisons invoquées à ce sujet dépassent le but proposé, et qu'elles suffisent d'elles-mêmes à justifier l'admis-

D'un autre genre, à cet égard, se révèle le jugement que rendit le 1er juin 1915 le Tribunal de commerce de Toulouse (1). Jurisprudence consulaire, moins retenu par les scrupules de droit strict, mieux averti des besoins de la pratique qu'il représente, il a décidé que l'exécution d'un contrat pourrait être refusée si elle n'était pas susceptible de s'opérer dans des conditions normales, semblables à celles qui existaient lors de la conclusion de la convention. « Attendu, dit-« il, que si les engagements contractés doivent être exécutés « conformément aux termes de la convention, il faut néces-« sairement que cette exécution puisse s'opérer dans les cir-« constances courantes et habituelles inhérentes à la vie « économique normale, telle qu'elle se déroulait au moment « des accords ; que l'état de guerre actuel a troublé profon-« dément la vie économique du pays et créé dans le com-« merce et l'industrie des situations critiques et difficiles qui « ne permettront pas d'obliger ceux qui en sont victimes, à « remplir des engagements ruineux : que ce sentiment « d'équité domine dans les mesures prises à l'occasion de la

sion de l'imprévision et de l'équité, sans qu'il soit nécessaire pour cela de sous-entendre une clause *rebus sic stantibus*.

Au contraire, M. Capitant (V. Note sous Paris, 21 déc. 1916, D., 1917.2.33) considère que l'on ne peut sous-entendre cette clause lorsqu'elle n'a pas été expressément introduite par la volonté des parties. Selon l'éminent interprète, ce qu'il faut rechercher, pour se conformer à l'art. 1156, ce n'est point l'intention de chacune des personnes parties au contrat, mais leur commune intention, c'est-à-dire celle qu'elles ont eue au moment du pacte : par suite, les obligations envisagées alors par elles s'imposeraient, nonobstant la survenance d'événements postérieurs les modifiant. Certes, nous croyons également que c'est à ce moment qu'il faut se placer, mais il ne nous semble pas en résulter de telles conséquences. L'intention ainsi entendue est celle qui s'inspire avant tout des motifs du contrat. N'est-il pas plus juridique de s'en tenir à celle qui se fonde sur la cause ?

(1) Trib. com. de Toulouse, 1er juin 1915, S., 1916.2.29.

« guerre, sous forme de décrets, au profit de diverses caté-
« gories de débiteurs. »

Les termes de la convention, dit en substance le Tribunal de commerce de Toulouse, ne déterminent pas toute l'étendue de l'obligation du débiteur. Pour bien apprécier la mesure de celle-ci, il faut aussi tenir compte des conditions de vie existant au moment où elle est intervenue : ces conditions fixaient les possibilités des parties. Leur engagement ne saurait donc valoir que pour ces circonstances là, ou d'autres semblables. (Tout aléa n'est pas supprimé pour le débiteur). Si des événements viennent modifier celles-ci à tel point qu'ils changent la vie économique et risquent de rendre ruineuse pour le débiteur l'exécution accomplie en un pareil moment, l'engagement est transformé et devient différent de ce qu'il était : aussi le débiteur peut-il s'abstenir de le remplir.

Pourquoi le débiteur peut-il se refuser à accomplir la prestation qu'il a promise ? Parce que, au cas contraire, l'équilibre que les parties ont envisagé et voulu réaliser ne se retrouverait plus. Le contrat indique, par sa nature, qu'elles ont entendu se procurer des équivalents ; si les circonstances les en empêchent, leur intention est violée ; comme c'est cette intention qu'il faut faire prévaloir, il est logique de modifier les obligations.

Que deviendront celles-ci ? La situation nouvelle, déclare le Tribunal de commerce de Toulouse, doit suspendre les engagements ou faire naître entre les intéressés de nouveaux accords à titre temporaire.

Cette décision consacre une solution sage et prudente. Des circonstances nouvelles, imprévues des parties, pourront venir modifier leurs obligations si elles sont telles qu'elles menacent l'une d'entre elles d'un préjudice considérable,

tout à fait hors de proportion avec les risques qu'elle peut être appelée à subir. C'est qu'en effet s'il est bon de dégager une personne d'une obligation devenue particulièrement lourde, il faut, en retour, que le préjudice subi de ce fait par son partenaire ne dépasse pas celui que l'exécution imposerait à la première. L'équilibre qu'elles avaient établi dans les avantages, lors de la formation du contrat, doit être assuré dans les pertes également. Dans le Contrat de Travail, notamment, ces difficultés d'exécution constituent pour le patron un des risques de son entreprise : il a profité jadis des bonnes affaires que le labeur de son employé lui a permis d'effectuer, et sans que ce dernier en recueille bénéfice ; les surcharges qu'il peut éprouver actuellement, il doit les supporter : il ne saurait en être autrement que quant à eelles qui seraient vraiment ruineuses pour lui. Cette exemption ne doit pas avoir simplement pour but de lui épargner des pertes, car ce sont choses auxquelles son industrie l'expose ; elle doit se proposer de le préserver d'un préjudice hors de rapport avec les ressources actuelles de son exploitation, et susceptible de rendre sa situation précaire.

CONCLUSION

Ainsi donc la guerre sera venue montrer qu'en matière de Contrat de Travail il est des circonstances qui, pour ne pas réunir les caractères ordinaires de la force majeure, n'en méritent pas moins attention. Sans doute les principes juridiques en vigueur, et surtout les principes de l'interprétation

traditionnelle, peuvent rendre difficile la prise en considération de ces événements exceptionnels ; mais ils ne la rendent tout de même pas impossible. La jurisprudence civile n'a pas osé, en général, s'avancer dans cette voie prétorienne ; elle s'est contentée, lorsque les éléments de la cause l'exigeaient impérieusement, de donner quelques solutions d'espèce atténuées et mitigées. La jurisprudence consulaire, au contraire, devançant une fois de plus son émule, a commencé une évolution en ce sens.

Évolution opportune, croyons-nous. De plus en plus le développement de la vie économique, et les perturbations qu'une extension de ce genre entraîne inévitablement, imposeront aux magistrats une mentalité nouvelle. De plus en plus les nécessités de l'existence obligeront à considérer le Droit comme un ensemble de règles destinées à assurer et à faciliter les relations des hommes entre eux et non pas comme un arsenal de préceptes autoritaires s'appliquant automatiquement pour ainsi dire, quelles que soient les conditions ambiantes et malgré leur changement. Il y aura réaction de la vie sur le droit, des faits sur les principes. Le contrat cessera d'être cette loi antique, loi de fer presque, de l'étreinte de laquelle l'on ne peut plus s'échapper dès qu'on s'y est soumis, pour devenir une loi plus souple, plus maniable, que les Tribunaux ont pouvoir, eu égard aux circonstances, de réviser. La logique juridique laissera la place, comme élément d'interprétation, à l'appréciation de la commune volonté des parties et à la bonne foi. La tentative ébauchée à ce sujet en matière de Contrat de Travail, et montrant en droit civil, à côté de la vieille notion de la force majeure, la nouvelle théorie de l'imprévision, nous a paru suffisamment importante pour justifier cette étude. Ce peut être là le germe d'un Droit moderne, celui où prévaudrait l'Équité. Et pourquoi

n'en serait-il pas ainsi, puisque, comme le déclare M. Berthélemy : « En matière d'interprétation de contrats, en droit civil comme en droit administratif, c'est ce qui est équitable qui se trouve juridique (1). »

(1) V. *Rev. Pol. et Parl.*, juillet 1917, p. 37.

Une proposition de loi tenant compte de ces considérations a été déposée le 12 août 1915 par M. Faillot, *J. Off.*, 1915. *Doc. parl.*, Chambre, p. 934. Elle a pour but de permettre de reviser, suspendre, résilier, avec ou sans indemnité, tout contrat commercial, pour les deux parties ou pour l'une d'elles, à raison d'une force majeure résultant de la guerre, entendons par là : si les conditions d'exécution ont subi du fait de la guerre des changements non prévus par les parties, et qui, s'ils l'avaient été, les auraient conduites à ne pas contracter. V. *Rev. Droit civ.*, 1915, p. 720. Cette proposition est devenue la loi du 21 janvier 1918 (*J. Off.* du 23).

Une disposition de ce genre est intervenue en Italie. Un décret du Lieutenant général du Royaume en date du 27 mai 1915 décide que la guerre est considérée comme force majeure non seulement quand elle rend l'exécution impossible, mais encore quand elle la rend extrêmement onéreuse. V. *Rev. Droit civil*, 1917, p. 332. V. aussi Cogliolo, *La Legislazione di Guerra*, N° 43, p. 95 (Doctrine classique), N° 44, p. 99 (Doctrine extensive dans le sens du décret-loi. Cf. p. 105-106).

CHAPITRE II

L'ASSURANCE-VIE

What is not reason is not Law.
BLACKSTONE, *Commentaries*, t. I, p. 70.

PROBLÈME QUE POSE LA GUERRE

En retour du devoir d'obéissance qu'il lui impose, le Code donne à la femme, nous avons eu l'occasion d'examiner ce point dans un de nos précédents chapitres (1), le droit d'obtenir de son mari tout ce qui lui est nécessaire pour son entretien et sa subsistance. Mais le droit, comme le devoir, est viager et cesse à la mort du seigneur et maître. Celui-ci décédé, l'épouse n'a plus que deux prétentions à faire valoir : l'une relative aux biens que peut lui donner la liquidation du régime matrimonial, l'autre relative aux ressources que peut lui fournir la liquidation de la succession maritale. Légitimes espérances qui risquent pourtant parfois d'être illusoires. D'un côté, il est possible que la dissolution du régime, à raison de la faiblesse des éléments constitutifs, n'apporte que

(1) V. p. 38 et suiv.

peu de chose à la femme (1). D'un autre côté, la loi ne confère à l'épouse qu'une part minime dans l'héritage de son mari (art. 767, C. Civ.), même en cas de disposition expresse (art. 1094, C. Civ.), lorsqu'elle se trouve en présence d'enfants ; et cette part est susceptible d'être réduite à néant ou presque par l'insuffisance de la masse ou l'importance des charges qui la grèvent. Aussi on conçoit que certains époux prévoyants, mûs par cette pensée que la limite de la loi ne marque pas la limite de la conscience, songent à procurer à leur femme, pour l'époque où ils ne seront plus, un pécule qui lui permettra de vivre. Dans ce but ils contractent à leur profit une assurance sur la vie : ils stipulent d'une compagnie qu'elle paiera à leur décès une certaine somme à leur compagne. C'est l'assurance en cas de décès.

Nombreux étaient ceux qui, avant la guerre, avaient conclu pareils traités. Surviennent les événements d'Août 1914, et les voilà mobilisés ou rappelés à l'Armée. Par la suite, certains meurent. Leur femme, estimant les conditions du contrat réalisées, réclame à la compagnie le paiement de l'indemnité promise. L'assureur s'y refuse : il invoque une clause de la police qui déclare : « Si l'assuré est appelé à un service de guerre, soit comme combattant, soit dans un service auxiliaire de l'Armée, l'assurance, à moins de convention spéciale, est de plein droit suspendue du jour de l'entrée en campagne jusqu'à la cessation définitive des hostilités (ou même jusqu'à l'expiration d'un délai de huit mois après celle-ci).

« Si le décès de l'assuré survient pendant ce délai, et quelle

(1) Ainsi en cas de communauté. Pour le régime dotal, les règles qui le gouvernent garantissent la femme de la ruine (Art. 1551 et 1554 C. Civ.) ; encore faut-il, pour qu'elle retrouve quelque chose, qu'elle ait eu personnellement des biens.

qu'en soit la cause, la Compagnie se libère en versant à l'ayant droit le montant de la réserve mathématique du contrat, quel que soit le nombre de primes payées. »

Que penser de la prétention de l'assureur ? Écartons tout d'abord ce qui ne prête pas à controverse.

Si les parties reconnaissent que l'assuré se trouvait dans les conditions déterminées par la clause, celle-ci joue de plein droit : le contrat a été suspendu dès l'entrée en campagne du souscripteur : la mort de celui-ci durant les hostilités n'ouvre au profit de sa veuve aucun droit à indemnité. Il en serait même ainsi, et la clause de suspension n'en produirait pas moins tout son effet, si l'assuré ne l'avait pas connue. Cette condition étant écrite dans la police, il dépendait de l'assuré d'en être informé : il lui suffisait de lire le titre ; s'il ne l'a pas fait, il a été négligent et ne peut s'en prendre qu'à lui de s'être engagé à la légère.

Au surplus la police elle-même offrait au souscripteur un moyen d'obvier à la suspension. L'assurance est suspendue de plein droit, dit-elle, à moins de convention spéciale. En effet il est loisible à l'assuré, dès la réalisation du risque nouveau non couvert par son contrat, de signer un avenant qui, moyennant paiement d'une surprime, le couvrira de ces dangers particuliers, et obligera la Compagnie, en cas de décès provoqué par eux, à verser à sa veuve l'indemnité promise. D'après les termes des polices ces deux opérations, signature de l'avenant et paiement de la surprime, devaient être effectuées dans le délai d'un mois à compter du jour de la mobilisation. Comme beaucoup d'assurés n'avaient pu, étant donné la précipitation des événements, satisfaire à ces conditions pour l'époque voulue, une Circulaire Ministérielle du 26 août 1914, prise d'accord avec les Compagnies, vint leur accorder des facilités pour les réaliser, et établir ainsi

les délais : quarante jours à dater de leur mobilisation pour ceux présents sous les drapeaux lors de l'ouverture des hostilités ou rappelés avant le 20 août 1914 ; un mois à compter de leur rappel pour ceux mobilisés postérieurement à cette date (1). Plus tard, les Compagnies ont consenti à rouvrir ce délai du 1er mai au 10 juin 1915, sous condition de paiement préalable des surprimes, et de la prime ou portion de prime échue entre l'ouverture des hostilités et la date du nouvel avenant.

Si l'assuré n'a pas pris la précaution de souscrire cet avenant, le contrat est suspendu jusqu'à l'expiration des trois mois suivant la cessation définitive des hostilités (2). Peu

(1) V. Circulaire ministérielle du 26 août 1914, *J. Off.* du 26. Dal., *Documents officiels de la guerre* 1914, t. I, p. 119. Ce texte fixe les conditions dans lesquelles l'avenant pourra être souscrit, soit par l'assuré mobilisé, soit par toute personne y ayant un intérêt direct (bénéficiaire futur de l'assurance) ou indirect (conjoint, ascendant, descendant de ce bénéficiaire). Il prolonge les délais pour le faire : 40 jours, à compter du premier jour de la mobilisation pour les assurés déjà présents sous les drapeaux quand la mobilisation générale a été ordonnée ; 40 jours également, à compter de leur rappel sous les drapeaux pour les hommes mobilisés avant le 20 août ; un mois à partir de la même date, pour les hommes mobilisés après le 20 août. Il accorde en outre des facilités à l'assuré pour pourvoir au paiement de la surprime, sans être obligé de se démunir immédiatement de ses fonds. Enfin il consacre l'accord intervenu entre le Ministre du Travail et les Compagnies, aux termes duquel celles-ci consentent à réduire de huit à trois mois le délai, postérieur à la cessation définitive des hostilités, dont elles exigent l'écoulement avant de rendre force au contrat.

(2) Pour empêcher la suspension du contrat, le bénéficiaire ne saurait prétendre que la clause de la police édictant, en cas de guerre, la suspension de l'assurance sauf souscription d'un avenant, constitue une clause de déchéance tombant sous le coup de l'article 5 du décret du 10 août 1914, et dont la réalisation par suite est suspendue à son tour. Non. Ainsi que le déclare la Cour d'Aix (5 mars 1917, *Le Droit*, 17 juin 1917) : « La déchéance consiste dans la perte d'un droit à défaut d'exercice ou d'accomplissement d'une condition ou d'une formalité, c'est-à-dire faute par le débiteur d'avoir exécuté une obligation mise à sa charge. Or, en l'espèce, la cessation des effets du contrat est due à

importe que l'assuré décédant durant cette période meurt d'une cause étrangère au risque de guerre, la clause n'en

une suspension librement consentie par l'intéressé et non dans le défaut d'accomplissement d'une charge qui lui incombe. »

En réalité, cette clause de suspension constitue une clause conditionnelle. La suspension a lieu à la condition (condition suspensive) que l'assuré ne souscrive pas l'avenant et ne paie pas la surprime dans le délai prévu. Or, l'art. 5 du décret du 10 août 1914 s'applique-t-il au délai pendant lequel doivent se produire les conditions ? « Oui, dit M. Demogue (V. *Revue Trimest. Droit Civ.*, 1917, p. 179) si elles (ces conditions) ne visent pas simplement la constatation d'un fait, mais sont potestatives, ont pour but d'inciter à agir dans un certain délai. Ces conditions ont alors le même but que les déchéances ; ce sont des stimulants à l'action. Il faut les assimiler. » Or cette clause de suspension de la police, sauf souscription d'un avenant et paiement d'une surprime dans le mois de l'entrée en campagne, ne vise pas simplement la constatation d'un fait et a bien pour but d'inciter à agir dans un certain délai. » Cependant, malgré l'opinion de notre savant maître, laquelle semble se ressentir de l'espèce qu'elle commente, nous ne croyons pas qu'il faille appliquer ici l'art. 5 du Décret du 10 août 1914. La souscription de l'avenant et le paiement de la surprime constituent une pure faculté pour l'assuré et n'ont rien d'obligatoire pour lui : celui-ci peut, à son gré, faire maintenir le contrat ou le laisser suspendre ; s'il opte pour ce dernier parti, on ne saurait dire qu'il omet d'exécuter une obligation mise à sa charge. Donc cette clause ne contient rien d'une déchéance et ne peut se trouver suspendue par l'effet de l'art. 5 du Décret du 10 août 1914, ainsi que l'a reconnu la Cour d'Aix.

On dit parfois que le Tribunal d'Epinal s'est prononcé en sens contraire (26 novembre 1915, D., 16.2.166). Il a en effet déclaré dans l'espèce qui lui était soumise que l'art. 5 du Décret du 10 août 1914 était applicable. Mais l'hypothèse était différente. L'avenant n'avait pas à être souscrit pour que la suspension fût évitée : il l'avait été avant la guerre. L'assuré n'avait plus qu'à faire connaître à la Compagnie le moment de son entrée en campagne et à payer la surprime dans un certain délai. C'étaient des conditions qu'il devait remplir pour bénéficier du contrat ; faute de s'y soumettre au moment prévu, il ne pouvait en réclamer le profit. Il y avait là en somme, sinon une déchéance proprement dite, car il n'y avait point obligation, mais une sorte de forclusion tenant un peu à la déchéance. On conçoit dans ces conditions qu'on y ait appliqué l'art. 5 de la loi du 5 août 1914 qui a pour but d'épargner aux mobilisés la perte de leurs droits.

joue pas moins (1). Ceci nous montre qu'à la différence des autres assurances, notamment de l'assurance incendie (2), ce qui est envisagé ici, ce n'est pas le risque de guerre uniquement, — car alors la suspension de la garantie ne devrait pas se produire à l'égard d'un militaire dont le trépas résulte d'une cause étrangère à la guerre ; car alors aussi l'assurance ne devrait pas continuer à protéger l'assuré non militaire qui meurt victime d'une circonstance de guerre, ce qu'elle fait cependant. Non ; le risque exclu en cette occasion est plus large : c'est tout risque de mort, ordinaire ou exceptionnel, que court l'assuré soumis aux conditions prévues par la police (3). Peu importe également que l'assuré rentre dans ses foyers, et par conséquent cesse d'être exposé au risque prévu, avant la fin de ce délai de trois mois ; la suspension du contrat n'en continue pas moins à jouer jusqu'à la date fixée (4). Par cela même que l'individu s'est trouvé un certain moment dans les circonstances proscrites, il est censé avoir pu y contracter les germes d'une maladie ou d'une infirmité que la police ne couvre pas (5). C'est un raisonnement spécieux, basé sur une fiction, et excessif dans

(1) V. en ce sens Trib. com. Alençon, 26 décembre 1915, *Rec. Gaz. des Tribunaux*, 1915.2.514, D., 16.2.161.

(2) Dans l'Assurance-Incendie une clause de la police exclut bien aussi le risque de guerre ; mais il s'agit ici du risque de guerre proprement dit, *id est* de l'incendie provoqué directement ou indirectement par la guerre. L'assurance continue à courir et à protéger l'assuré en cas de sinistre normal : il suffit au bénéficiaire de prouver que celui-ci s'est réalisé dans les conditions prévues au contrat et ne résulte nullement de la guerre. V. à ce sujet : Note sous Montpellier 31 janvier 1916, dans *Journal des Assurances*, 1916, p. 306.

(3) V. Note sous Montpellier précité, *op.* et *loc. cit.*

(4) V. en ce sens Cour de Lyon, 11 mai 1917, *Journal des Assurances*, 1917, p. 378.

(5) V. en ce sens Note Lacour sous Bordeaux, 27 décembre 1916, D. 16.2.161.

ses résultats. Rien n'impose *a priori* que le processus ayant conduit l'assuré à la mort ait eu fatalement son origine dans le genre de vie qu'il a menée durant sa présence sous les drapeaux. Aussi, pour corriger cet effet arbitraire, certaines polices décident-elles que l'assuré rentré dans ses foyers peut, sans attendre la fin de la guerre, demander la remise en vigueur de l'assurance, en se soumettant à l'examen préalable d'un médecin désigné par la Compagnie pour constater le bon état de sa santé (1).

Mais pour que le contrat puisse voir ainsi son effet arrêté, il faut que l'assuré se trouve dans les conditions prévues par la police pour la suspension. Il y aura donc lieu d'examiner, d'une part la situation de l'intéressé, et de l'autre les termes mêmes de la convention. Le premier point est une question de fait, variant avec chaque espèce. Le deuxième, au contraire, est une question d'interprétation juridique, qui, à raison de la similitude des polices, a une portée générale. La clause que nous avons rapportée plus haut est devenue de style et se retrouve identique, ou peu s'en faut, dans presque tous les contrats.

Elle déclare, nous l'avons vu, que si l'assuré est appelé à un service de guerre, soit comme combattant, soit dans un service auxiliaire de l'Armée, l'assurance est de plein droit suspendue du jour de son entrée en campagne. Deux conditions sont par conséquent nécessaires pour que la clause joue : il faut que l'assuré soit appelé à un service de guerre, et qu'il entre en campagne. De là deux sources de difficultés et de conflits entre les bénéficiaires et les assureurs. Tous les procès, la jurisprudence nous le montre, ont roulé sur ces éléments. Aussi il importe de les bien préciser. Qu'entend-on par ser-

(1) V. Lyon précité, *op.* et *loc. cit.*

vice de guerre, et quand pourra-t-on dire qu'un militaire en remplit un ? Qu'entend-on par entrée en campagne, et quand pourra-t-on dire qu'un militaire est entré en campagne ? Tels sont les deux chefs de discussions qui vont nous occuper maintenant.

SECTION I

INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE DE LA CLAUSE DE SUSPENSION

A. — Qu'est-ce qu'un Service de Guerre ?

Les interprètes s'entendent presque unanimement pour répondre : c'est tout service militaire accompli en temps de guerre ; c'est tout service accompli dans une armée mise sur pied de guerre. Peu importe la place ou le poste occupé par l'intéressé : qu'il soit au front ou qu'il soit à l'arrière, du moment qu'il fait partie à un titre quelconque de l'armée mobilisée, il est en service de guerre.

Cette définition, disent-ils, découle des termes mêmes sur lesquels les parties se sont accordées dans le contrat : la clause porte, en effet, ces mots : soit comme combattant, soit dans l'un des services auxiliaires de l'armée. C'est donc que, d'après la commune intention de l'assureur et de l'assuré, celui-ci se trouvera dans les conditions de la suspension quelle que soit l'affectation qu'il ait reçue : ligne de bataille, élément de l'arrière ou de l'intérieur. Sa présence en l'un ou

l'autre de ces endroits le mettra dans la situation exclue de la garantie. Aussi bien, ajoute-t-on, il n'y a pas que sur le front que l'individu soit exposé à des risques anormaux résultant de la guerre ; même dans les unités non combattantes, même dans les lieux éloignés du centre des hostilités, il court, par suite des circonstances, des dangers supplémentaires : dangers d'accidents provenant du nouveau genre de vie qu'il est obligé de mener ; dangers de maladies provoqués par l'agglomération en un même centre de nombreuses personnes, d'épidémies, d'incendies, etc... ; dangers des fatigues inusitées imposées à l'individu et susceptibles de compromettre sa santé. C'est tout cela que le contrat a entendu prévoir et exclure ; ce sont tous ces risques qu'il a voulu écarter, tant les risques de mort par le feu de l'ennemi, que les risques exceptionnels dérivant du changement d'existence de l'intéressé et que sans la guerre il n'aurait pas subis. D'ailleurs, n'est-ce pas là le sens naturel de l'expression service de guerre ? Ne faut-il pas tenir pour tel tout service se rattachant à la guerre ? — Il est logique dès lors de considérer celui qui court de semblables risques, et qui ne les aurait pas courus si la guerre ne l'avait pas appelé à l'armée, comme effectuant un service de guerre, et par suite comme échappant à la garantie de l'assurance.

Tel est le point de vue de la grande majorité de la jurisprudence, soutenue en l'occasion par ses commentateurs (1).

(1) V. en ce sens Triv. com. Alençon, 26 déc. 1915, *Rec. Gaz des Trib.*, 1915.2.514, D. 1916.2.161 ; Trib. civ., Bordeaux, 27 déc. 1915, D. 16.2.161, *Journ. des Ass.*, 1916, p. 213 ; Trib. civ. d'Oran, 14 fév. 1916, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1916.1.65, D., 1916.2.161, *Journ. des Ass.*, 1916, p. 314 ; Trib. civ. de Lyon, 29 mars 1916 (solution implicite), D. 16.2.161, *Journ. des Ass.*, 16, p. 479 ; Trib. civ. d'Abbeville 20 juil. 1916, *Gaz. des Trib.*, 2 nov. 16, *Rec. Gaz. des Trib.*, 16.2.420 ; Cour d'Aix, 5 mars 1917, *Le Droit*, 17 juin 1917, *Gaz. des Trib.*, 20 juin

En sens contraire on ne trouve que quelques rares décisions. La clause de suspension, disent-elles en substance, exonérant la compagnie d'une obligation ferme est de droit étroit et doit donc être interprétée restrictivement : elle prévoit l'affectation de l'assuré à un service de guerre soit comme combattant, soit dans l'un des services auxiliaires de l'Armée ; elle ne peut produire effet que si l'assuré se trouve bien en fait dans l'un des cas limitativement visés par la police. S'il ne remplit pas un véritable service de guerre, c'est-à-dire un service l'exposant à des risques de guerre proprement dits, mais un simple service militaire, semblable ou analogue à celui du temps de paix, il n'est pas dans les conditions fixées par la clause de suspension et celle-ci ne joue pas. Donc, quoiqu'il soit mobilisé, la Compagnie répond de son décès et doit payer à sa veuve l'indemnité stipulée pour elle (1).

Voilà les deux courants de la jurisprudence, le second, en vérité, bien faible et bien frêle pour s'opposer au premier, si ferme et si persistant. Il s'agirait pour nous, maintenant, de faire un choix et de prendre parti entre ces deux opinions opposées. Seulement cela soulève une discussion qui

1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.288 ; Trib. civ. de Dijon, 13 mars 1917, *Le Droit*, 17 juin 17, *Gaz. des Trib.*, 20 juin 17, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.290 ; Cour de Lyon, 11 mai 1917, *Le Droit*, 17 juin 17, *Journ. des Ass.*, 1917, p. 378. *Adde* Trib. civ. de Gap, 6 février 1917, *Journ. des Ass.*, 1918, p. 25. En ce sens aussi Demogue, *Rev. Trim. Droit civil*, 1917, p. 141 ; Lacour, Note au D. 16.2.161 ; Notes dans *Journ. des Ass.* sous décisions rapportées ; Wahl, *Le Droit civil et commercial de la guerre*, t. IV, N° 2900, p. 124.

(1) V. en ce sens Trib. civ. de Narbonne, 12 mai 1915 ; *Gaz. des Trib.*, 30 juin 1915, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915.2.86, D., 1916.2.16 ; Cour de Montpellier, 31 janvier 1916, *Rec. Gaz. des Tribunaux*, 1915. 2.565, D., 16.2.161. *Adde* Trib. civ. d'Oran, 11 décembre 1916, *Gaz. des Trib.*, 28 février 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.68.

met en cause le deuxième point que nous avons à étudier ici ; aussi nous estimons préférable de la renvoyer à la suite de l'examen de ce second élément, nous réservant de critiquer celui-ci en même temps, et d'aborder aussitôt l'autre condition imposée par la clause : pour qu'il y ait suspension, il faut que le militaire soit entré en campagne.

B. — Qu'est-ce que l'Entrée en Campagne ?

Nous retrouvons ici pour répondre, et il ne pouvait en être autrement, puisque cette question est intimement liée à la précédente et n'en est qu'un succédané, le concert presque unanime de jurisprudence que nous avons signalé tantôt. L'expression d'entrée en campagne, déclare celle-ci, doit être interprétée d'après les termes mêmes de la clause, et par rapport au fait auquel elle se réfère. Le service de guerre s'entendant de tout service dans une armée sur pied de guerre, l'entrée en campagne aura lieu le jour où un tel service commencera : ce sera le jour où l'assuré sera mobilisé et aura rejoint le corps auquel il est affecté. L'entrée en campagne se confond avec la Mobilisation : elle en est, pour ainsi dire, la réalisation. L'expression n'est donc pas prise ici dans son sens technique et précis, ni même usuel, mais dans une acception plus large et plus commode, englobant tous les individus appelés à l'Armée. Par cela seul que ceux-ci répondent à l'ordre de Mobilisation, ils entrent en campagne. Solution pratique à la vérité, qui, à raison de son ampleur, supprime toute difficulté. Il n'y a désormais aucune distinction à faire : tous les mobilisés, quels que soient leur place, leur rôle, leurs fonctions, entrent en campagne (1).

(1) En ce sens Trib. com. Alençon, 26 déc. 15, D. 16.2.161 ; Trib. civ. Bordeaux, 27 décembre 15, D. 16.2.161 ; Trib. Oran, 14 février

C'est en ce sens, invoque-t-on, que les textes militaires prennent cette expression : ainsi le Décret du 27 septembre 1914 (1), relatif à l'avancement et aux pensions, fixe au 2 août 1914 le jour où les militaires en service sont considérés comme effectuant une campagne. L'interprétation d'un terme militaire donnée par la plus haute autorité compétente ne saurait être méconnue : elle doit déterminer l'opinion qu'il faut avoir en la matière (2). D'ailleurs cette façon de comprendre les choses n'est pas neuve : déjà en 1880 le Ministre de la Guerre a répondu aux assureurs que la mobilisation et l'entrée en campagne ne faisaient qu'un. Cette décision rendue bien avant la guerre et par une personne bien placée pour la prendre a une réelle valeur (3). Enfin, ajoute-t-on avec une apparence de logique, il doit exister une concordance entre l'époque à laquelle la suspension de l'assurance se serait produite aux termes des polices, et le point de départ du délai accordé pour la souscription de l'avenant. Si ce point de départ pour les assurés n'appartenant pas à l'armée active à la date de la mobilisation générale, est le jour de leur rappel sous les drapeaux (4), c'est

16, D. 16.2.161 ; Trib. civ. de Lyon, 29 mars 1916, D. 16.2.161 ; Trib. d'Abbeville, 20 juil. 16, *Rec. Gaz. des Tribunaux*, 16.2.420 ; Cour d'Aix, 5 mars 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.288 ; Cour de Lyon, 11 mai 1917, *Le Droit*, 17 juin 1917. Complétez par les références données page 380, note 1. *Adde* Demogue, *Rev. Trim. Droit civil*, 1917, p. 141 ; Lacour, Note sous Bordeaux, 27 décembre 16, D. 16.2.161 ; Wahl, *Le Droit de la guerre*, t. IV, N° 2901, p. 126. V. encore Trib. civ. de Gap, 6 février 1917, *Journ. des Ass.*, 1918, p. 25.

(1) *Journal Off.*, 30 septembre 1914.

(2) En ce sens la plupart des décisions citées ci-dessus p. 382. N° 1.

(3) En ce sens spécialement Trib. civ. d'Oran, 14 février 1916, D. 16.2.161. *Adde* Demogue, *Rev. Droit civ.*, 1916, p. 515.

(4) V. Circulaire Ministérielle du 26 août 1914, D. *Guerre* 1914, t. I, p. 119.

que ce jour, dans la pensée du Ministre et des Compagnies, est celui de leur entrée en campagne (1).

Non, s'efforcent de protester deux ou trois décisions judiciaires. La Mobilisation et l'entrée en campagne ne se peuvent confondre ; car pour qu'il y ait entrée en campagne, il faut qu'il y ait service de guerre proprement dit : donc seuls ceux qui font partie d'un corps en présence de l'ennemi sont susceptibles de remplir cette condition. On ne saurait, pour prétendre le contraire et soutenir l'interprétation extensive, s'appuyer sur le décret du 27 septembre 1914 déclarant que tous les individus présents sous les drapeaux sont censés entrés en campagne dès le 2 août 1914, parce que ce texte n'existait pas encore au moment où ces contrats d'assurance ont été conclus : le sens qu'il apporte ne peut par conséquent pas s'appliquer rétroactivement aux conventions passées avant son émission. En son absence, les parties n'ont pu s'en référer qu'à la signification courante de l'époque. C'est celle notamment qui était donnée par la loi du 14 avril 1832 relative à l'avancement dans l'armée en temps de guerre : dans son article 20 ce texte réglemente les droits des militaires « en temps de guerre et dans les corps qui seront en présence de l'ennemi (2). » Aussi, pour pouvoir entrer en campagne, il faut être affecté à un corps opérant dans une zone menacée par l'ennemi ; seuls les militaires qui sont placés dans ces conditions font campagne ; les autres, bien que mobilisés, ne le font pas (3).

(1) En ce sens Lacour, Note au D. 16.2.161.

(2) *Moniteur Universel* du 18 avril 1832.

(3) En ce sens Trib. civ. Narbonne, 12 mai 1915 (Solution implicite), *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915.2.86, D. 16.2.16 ; Cour de Montpellier, 31 janv. 1916, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1915.2.565, D. 16.2.161 ; Trib. civ. d'Oran, 11 déc. 1916, *Gaz. des Trib.*, 28 février 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.68.

Plus précisément encore, un jugement est venu décider que, quoique le service de guerre doive s'entendre de tout service dans une armée en guerre, l'entrée en campagne ne peut être déterminée à l'avance et d'une façon uniforme pour tous les militaires : elle ne se confond pas avec la Mobilisation ; c'est aux juges qu'il appartient de la fixer souverainement (1).

Voilà dans son ensemble l'état de la deuxième question. Comme dans la première, les arguments s'opposent aux arguments sans fournir de motifs de décision dans un sens plutôt que dans l'autre : des raisonnements se dressent en face d'autres raisonnements sans emporter la conviction, et sans toujours chercher à se détruire et à s'annihiler. On ne nous dit pas suffisamment le pourquoi de l'opinion proposée. Prendre parti, tel sera désormais l'objet de nos préoccupations. Voyons donc les deux points et essayons de découvrir pour chacun la solution la plus conforme à la réalité des choses.

SECTION II

CRITIQUE DE L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE ET RECHERCHE D'UNE SOLUTION

Aux termes mêmes des polices, pour que la suspension se produise il faut que l'assuré remplisse deux conditions essentielles : qu'il soit appelé à un service de guerre et qu'il entre

(1) V. Trib. civ. de Dijon, 13 mars 1917, *Gaz. des Trib.*, 20 juin 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917-2.290.

en campagne. Comment interpréter ces deux expressions, se demande-t-on ? Mais pourquoi se poser semblable question ? Y a-t-il lieu à interprétation véritable ? Ce ne sont pas là des locutions d'ordre juridique susceptibles d'une acception particulière. Ne se référant à aucun texte déterminé, elles ne peuvent avoir d'autre portée que celle que les parties ont été à même de voir en elles; c'est-à-dire elles ne peuvent avoir d'autre sens que celui du langage courant. Elles signifient ce qu'elles disent, et rien d'autre. C'est là, ce nous semble, le meilleur critérium en la matière. Or que disent-elles?

A. — Que faut-il entendre par Service de Guerre ?

Le contrat est suspendu si l'assuré est appelé à un service de guerre. Qu'est-ce ? Le bon sens l'indique : c'est le service accompli à la guerre, dans les corps qui participent aux opérations : celui-là seul mérite véritablement ce nom. Est-ce un service de guerre que celui accompli dans un poste quelconque non soumis aux effets de la guerre ? C'est un service qui a peut-être pour cause la guerre, qui est imposé par elle, cependant ce n'est pas un service de guerre. Celui-ci doit, pour exister, placer l'intéressé en face des périls spéciaux à la guerre. Soutenir le contraire, cela reviendrait à prétendre que le marin peut exécuter à terre le service particulier qualifié service à la mer, qui, en raison de ses dangers exceptionnels, lui assure des avantages supplémentaires.

Sans doute il n'est point que l'individu mobilisé au front qui coure des risques ; celui qui l'est à l'arrière en subit aussi de nouveaux, et il n'y aurait pas été exposé sans la guerre. Oui. Seulement ce ne sont pas des risques de même nature : ce ne sont pas toujours des risques de mort comme au front, mort par suite du feu de l'ennemi, mort par suite des innom-

brables maladies qu'entraînent infailliblement des opérations de ce genre : ce ne sont pas des risques de guerre, mais simplement des dangers normaux accrus par les circonstances. Or d'autres circonstances ont pu pareillement augmenter les dangers sans que l'assurance cessât : l'emploi de l'intéressé dans une grande agglomération commerciale ou industrielle ; ses périodes d'instruction militaire ou surtout son service militaire en temps de paix. En ces occurrences également les conditions de l'existence de l'assuré sont changées et les risques aggravés : néanmoins l'assurance continue à le garantir.

Sans doute la clause de suspension déclare que le service de guerre est aussi bien constitué par l'affectation à un poste des services auxiliaires de l'armée qu'à un poste de combat. Et c'est sur cela principalement que l'on se fonde pour soutenir que tout individu mobilisé remplit un service de guerre (1). Toutefois il faut se méfier ici de commettre une confusion. Croit-on que par services auxiliaires de l'armée on entende les services de l'intérieur, auxquels ont été affectés, uniquement en principe, en tout cas en grande majorité, les militaires que leur état de santé insuffisant ne permet pas d'envoyer dans la zone de l'avant ? Croit-on, en d'autres termes, que ces mots services auxiliaires se réfèrent aux individus que leur constitution physique a fait désigner de ce nom, par opposition à ceux qui ont été classés dans le service armé et fournissent les combattants (2) ?

(1) V. notamment Lacour, Note au D. 16.2.161.

(2) M. Lacour dit expressément au sujet de l'entrée en campagne : « (elle) commence le jour où l'assuré est individuellement mobilisé, où, conformément à la feuille de route annexée à son livret militaire, il rejoint son corps à l'endroit indiqué pour y être affecté soit au service armé, soit au service auxiliaire. » V. sa note précitée.

Ce serait une erreur de le penser. Ce n'est pas cette distinction que l'on a eue en vue ici. Ce qui le prouve, c'est que la clause exige en outre, pour jouer, que l'intéressé entre en campagne. Or, ainsi que nous l'exposerons bientôt, on ne peut pas raisonnablement admettre que ces hommes des services auxiliaires, ces demi-soldats ou demi-civils, écartés du front à raison de leur mauvaise santé, fassent campagne : ils sont bien mobilisés, mais ils reçoivent une affectation sédentaire et ne figurent pas dans les rangs des troupes en campagne, tout au moins en principe. Aussi les services auxiliaires de l'armée sont-ils les services accessoires de l'armée en opérations, opposés aux formations de combat proprement dites : tels sont les services de l'Intendance, du Corps de santé, vétérinaire, des parcs, des postes, etc.... Pour les militaires affectés à ces services, on peut à bon droit parler d'entrée en campagne, puisqu'ils suivent l'armée et sont exposés sinon à tous, du moins à nombre de ses risques de guerre (1).

Si l'expression avait eu une portée aussi large que les Compagnies le prétendent, celles-ci s'en seraient expliquées dans les polices ; ou bien elles auraient employé des termes plus explicites : elles n'auraient pas parlé uniquement de service de guerre, mais de service en temps de guerre, ou de service à raison de la guerre : elles auraient manifesté d'une

(1) C'est à tort, croyons-nous, que notre savant maître, M. Lacour, a écrit : « la clause vise expressément le cas d'appel dans un service auxiliaire de l'armée : or ceux qui sont affectés à ces services ne sont jamais mis en présence de l'ennemi. » V. sa note. — D'une part, en effet, on ne peut qualifier ces militaires, tels les sanitaires, de combattants : ils forment bien un service adjoint aux troupes de ligne. D'autre part, s'ils ne sont jamais mis en présence de l'ennemi, ils y sont placés parfois par la force des choses : les exemples des sanitaires, automobilistes, ravitailleurs, faits prisonniers en sont la preuve.

façon ou d'une autre que ces mots « service de guerre » englobaient tous les militaires mobilisés. Si elles ne l'ont pas fait, elles ne peuvent prétendre aujourd'hui élargir la signification normale de l'expression : c'est celle là seule que l'assuré a eue en vue en contractant : lui en imposer une autre serait le tromper.

D'autant plus que nous sommes ici en matière de droit strict (1) : l'interprétation étroite s'impose donc. Ces termes « service de guerre » ne sauraient avoir d'autre acception que celle qu'ils révèlent naturellement ; ils visent la guerre : ils doivent être restreints à elle. Tout ce qui n'a pas trait à la guerre proprement dite est en dehors d'eux. Tout ce qui n'est pas compris dans son domaine exact ne l'est pas davantage dans le leur. Ces mots ont pour résultat de suspendre l'obligation de l'assureur et de laisser les risques qu'ils prévoient à la charge de l'assuré : leur effet est trop grave pour qu'ils puissent être appliqués à des hypothèses qu'ils ne désignent pas par eux-mêmes, et auxquelles il n'est permis de les étendre que par un effort d'interprétation et de raisonnement. Utiliser ici une semblable méthode, ce serait méconnaître le caractère rigoureux du contrat et de la clause organisant limitativement la suspension.

D'autre part les polices se servent parfois, pour écarter ces risques exceptionnels, d'expressions différentes et en quelque sorte plus explicites. « Si l'assuré, déclarent certaines, est amené à prendre part à une guerre étrangère ou à une expédition armée, l'assurance est suspendue au jour de l'entrée en campagne. » D'évidence, cette clause est équipollente, dans la pensée des assureurs, de celle que nous avons vue et tend au même but. Mais elle dit mieux que cette

(1) En ce sens Douai, 19 février 1848, S. 48.2.524.

dernière ce qu'elle signifie. Elle place, en effet, à côté de la guerre étrangère et sur le même pied qu'elle, l'expédition armée. Or cette seconde expression a un sens plus précis que la première et un domaine plus étroit. Une expédition armée, c'est une opération de guerre proprement dite, abstraction faite de toutes autres qui s'y rattachent. Ceux qui y participent sont bien exposés à ces risques exceptionnels et anormaux que l'assureur entend bannir, risques résultant du feu de l'ennemi et aussi des diverses éventualités qu'un semblable événement provoque. Tous ceux qui « prennent part » à l'expédition armée voient l'assurance suspendue, ceux des formations de combat comme ceux des services auxiliaires. Au contraire ceux qui, au loin, la préparent ne subissent pas ce résultat. N'en doit-il pas être pareillement en cas de guerre étrangère ? Les deux circonstances génératrices de suspension ne seraient pas comprises de la même façon et l'une aurait une portée que l'autre n'aurait pas ? Nous entendons bien : les situations ne sont pas identiques. Ceux qui, en temps de paix, concourent, à l'arrière, à l'organisation d'une expédition armée sont des individus accomplissant leur service militaire actif. Ceux qui, en temps de guerre, coopèrent, dans la zône de l'intérieur, à un service quelconque de la Défense nationale sont des mobilisés. Oui. Cependant en quoi cela différencie-t-il les seconds des premiers ? Les événements leur imposent un changement d'existence ? Les circonstances n'ont-elles pas imposé un changement analogue aux autres ? Et pourquoi la vie de ceux-là, semblable à celle que mènent ceux-ci, entraînerait-elle des risques spéciaux que ne connaissent pas ces derniers ? La guerre en elle-même, qu'elle naisse d'un conflit avec une puissance étrangère ou d'une expédition armée, n'atteint pas plus les uns que les autres. Pourquoi en conséquence le ré-

gime admis pour les uns ne le serait-il pas pour les autres également ? Le fait que certaines polices assimilent l'expédition armée à la guerre ne montre-t-il pas que ce que l'assureur veut écarter, c'est, non peut-être le risque de guerre *stricto sensu*, du moins le risque particulier et exceptionnel résultant des opérations de guerre ?

Enfin, les contrats subordonnent la suspension de l'assurance à la réalisation d'une deuxième condition : l'entrée en campagne de l'assuré. De toute évidence il y a concordance entre les deux éléments de la clause et l'un correspond à l'autre. Dès lors, si l'on parle d'entrée en campagne, n'est-ce donc pas que l'on ait en vue un service obligeant l'individu à faire campagne ? Lequel serait-ce, sinon un service de guerre proprement dit, le seul qui ait vraiment pareil effet ? Cette seconde condition vient encore, ce nous semble, appuyer la signification que nous avons donnée à la première. Une simple comparaison nous l'indique déjà. Mais la recherche de la portée exacte de cette expression « entrée en campagne », recherche que nous allons aborder maintenant, nous permettra de contrôler la justesse de cette impression d'ensemble, et d'établir définitivement le domaine de la suspension.

B. — Que faut-il entendre par Entrée en Campagne ?

Cette expression est-elle synonyme de mobilisation, ainsi que le prétend la grande majorité de la jurisprudence, et le militaire est-il entré en campagne par cela seul qu'il a rejoint le corps auquel il était affecté ? — L'argument essentiel que l'on invoque pour soutenir cette opinion est, nous l'avons vu, le Décret du 27 septembre 1914. Aux termes de ce texte, les militaires en service lors de la Mobilisation sont

considérés comme effectuant une campagne depuis le 2 août 1914. Cette interprétation de l'entrée en campagne donnée par l'autorité la mieux placée pour l'apprécier est déterminante, dit-on, et doit prévaloir en notre question. D'autant plus qu'elle ne fait que confirmer l'opinion émise en la matière par le Ministre de la Guerre dès 1880. Ce dernier argument contrarie la réponse que certains ont voulu fournir au précédent, à savoir que la décision du 27 septembre 1914 ne pouvait être appliquée aux contrats d'assurance passés longtemps auparavant, à une époque où les assurés n'en avaient pas encore connaissance, et n'avaient pas connaissance par là même de la portée extensive qu'elle attribue à la clause. La doctrine de la jurisprudence n'en soulève pas moins de vives objections.

Faire intervenir ici le décret du 27 septembre 1914, c'est le détourner de son but et l'appliquer à un domaine qui ne le concerne pas. Il a un but et un domaine strictement limités. Il se réfère à des questions d'administration militaire et spécialement à celles qui ont trait à l'avancement et aux pensions. Il veut préciser les droits des mobilisés sur ces deux points, et c'est tout. Il a donc une portée nettement fixée, et son interprétation se restreint aux questions qu'il prévoit. Hors d'elles son empire n'est plus. Surtout que c'est une solution particulière que ce texte consacre. Si elle avait été généralement admise, point n'eut été besoin au Ministre de venir la décréter : il lui eut suffi d'en faire ordonner l'application à ces deux objets spéciaux. Or il déclare lui-même *qu'il a décidé* d'accorder le bénéfice de la campagne à partir de la mobilisation (1). Dans ces conditions, n'est-il pas téméraire de vouloir donner à cette mesure particulière, fondée

(1) V. Rapport précédant le décret, *Journ. Off.* du 30 septembre 1914.

sur des motifs inhérents à la matière qu'elle vise, une portée générale ?

D'un autre côté ce décret du 27 septembre 1914 s'appuie notamment sur une loi du 14 avril 1832 relative à l'avancement dans l'armée en temps de guerre. Et l'article 18 de cette réglementation dispose : « Le temps de service exigé pour passer d'un grade à un autre pourra être réduit de moitié à la guerre ou dans les colonies ». — A la guerre, dit-il, et non en temps de guerre. Cela rétrécit le domaine d'application du texte. Au surplus le fait d'assimiler les colonies à la guerre nous indique clairement ce qu'il entend par cette dernière expression. La loi elle-même, d'ailleurs, s'est chargée d'élucider ce point ; l'article 20, organisant l'attribution des grades, prescrit que ce régime fonctionnera : « en temps de guerre et dans les corps qui seront en présence de l'ennemi (1). » L'interprétation du décret du 27 septembre 1914 n'est par conséquent pas la même que celle de la loi qu'il a pourtant pour but de mettre en œuvre. Cela nous montre une fois de plus qu'elle est personnelle à son auteur. Cela nous montre aussi que si l'on ne peut pas en notre question, comme on l'a soutenu, faire intervenir la loi de 1832 (2), on ne peut davantage y recourir au décret de septembre 1914.

Enfin, mieux que tout cela encore, une autre raison interdit d'employer ici ce texte. « Seront considérés comme effectuant une campagne de guerre », annonce-t-il. Seront considérés ! Pourquoi ? N'effectuent-ils donc pas vraiment une campagne ? Cette expression semble bien prouver que non. S'il est nécessaire de les considérer comme faisant cam-

(1) V. Loi du 14 avril 1823. Le *Moniteur Universel* du 18 avril 1832.
(2) V. Note Lacour, D. 16.2.161.

pagne, c'est qu'ils n'en font pas une. Ces termes mêmes laissent voir que l'auteur du décret s'est rendu compte qu'il consacrait une fiction. En assimilant les militaires demeurant à l'arrière à ceux envoyés au front il élevait une construction juridique contraire aux faits, il allait à l'encontre de la réalité des choses. C'est une gageure que de vouloir faire entrer en campagne des gens restant en dehors des opérations de guerre impliquées par cette notion. L'auteur du décret s'en est aperçu (probablement), et, pour concilier sa réglementation avec les faits, il a recouru au procédé de la fiction (1). Nous verrons plus loin à quelles solutions contradictoires cela a conduit la jurisprudence. Pour le moment, considérons qu'un système basé sur une fiction, contestable en soi du reste, ne saurait être étendu à des hypothèses qu'il ne vise pas expressément : la fiction est de droit strict et ne peut jouer que dans les cas pour lesquels elle a été prévue. Organisée pour l'avancement et les pensions où elle est déjà en contradiction avec la réalité, elle doit être réservée à ces objets : la raison s'oppose à ce qu'on l'introduise dans la matière des assurances sur la vie. La question qu'il s'agit de résoudre ici n'est pas que d'ordre militaire, elle est avant tout d'interprétation de la volonté des parties.

Or, si l'on se place à ce point de vue, comment croire que l'assuré, se fiant à son simple bon sens, ait pensé que la Mobilisation qui, d'après son livret militaire, devait l'appeler à un poste de l'intérieur, le ferait entrer en campagne ? Le Ministre de la Guerre avait déclaré dès 1880, dit-on, que la Mobilisation emporterait entrée en campagne (2). Mais il faudrait voir d'abord dans quelles conditions cette déclara-

(1) V. en ce sens Oran, 11 déc. 1916, *Gaz. des Trib.*, 28 fév. 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.68.

(2) V. à ce sujet Demogue, *Rev. Trim. Droit civ.*, 1916, p. 515.

tion a été émise et qui elle visait exactement : tous les militaires ou seulement ceux destinés à aller dans la zone des armées. Ensuite, semblable interprétation, exorbitante par rapport à l'acception ordinaire, n'a pas été insérée dans les polices et portée à la connaissance des intéressés. Comment ceux-ci y seraient-ils soumis ?

L'argument tiré des précédents n'est donc pas décisif. Et il ne l'est pas davantage celui que l'on a essayé d'appuyer sur la logique, — le dernier. Il doit exister, a-t-on soutenu, une concordance entre l'époque à laquelle la suspension de l'assurance se serait produite aux termes des polices et le point de départ du délai accordé pour la souscription de l'avenant. Si ce point de départ, pour les assurés n'appartenant pas à l'armée active à la date de la Mobilisation générale, est le jour de leur rappel sous les drapeaux, c'est que ce jour, dans la pensée du Ministre et des compagnies, est celui de leur entrée en campagne (1). Qu'il en soit ainsi pour les compagnies, ce n'est point douteux, puisque c'est la thèse qu'elles soutiennent, et c'est leur thèse parce que c'est leur intérêt : si toute mobilisation équivaut à une entrée en campagne, de combien de risques ne seront-elles pas déchargées ? Qu'il en soit ainsi également du Ministre, c'est sûr aussi, puisqu'il a agi en collaboration avec les compagnies et s'est entendu avec elles sur la question. (Remarquons toutefois que le Ministre en cause est le Ministre du Travail : aux termes de la Circulaire du 26 août 1914, c'est lui qui est intervenu au nom du Gouvernement. Or, on peut se demander si, au cas où il l'aurait fait, il avait bien qualité pour se prononcer sur ce point de départ de l'entrée en campagne. Il est plus vraisemblable de présumer qu'il a simplement

(1) V. à ce sujet Note Lacour au D. 1916.2.161.

accédé aux suggestions des compagnies.) — Mais cela ne suffit pas. Peut-on, pour interpréter une clause d'un contrat, s'en rapporter à l'opinion de l'une des parties en présence ? Celle de l'autre, de l'assuré, doit bien avoir sa valeur aussi. De plus, raisonner comme on le tente c'est supposer le problème résolu. On ne peut, ainsi qu'on le soutient, prétendre que la faculté accordée aux mobilisés de souscrire un avenant à partir de leur rappel sous les drapeaux, emporte pour eux suspension de l'assurance dès cette époque, car ce que l'on recherche précisément c'est de savoir si l'assurance est suspendue par ce simple fait. Certes si le mobilisé est dans les conditions voulues pour que le contrat soit interrompu, celui-ci le sera au jour où l'avenant commence à pouvoir être signé, et ce jour là correspondra à l'entrée en campagne. Mais par cela seul qu'il est mobilisé est-il dans les conditions voulues pour que l'assurance soit suspendue ? On ne le sait pas, parce qu'on ignore si cela entraine entrée en campagne. Ce raisonnement indique le moment de l'entrée en campagne pour l'assuré qui y entre, il ne dit pas s'il y entre.

Ainsi aucun des arguments invoqués par l'interprétation extensive ne s'impose sans réplique : les partisans de cette doctrine ne parviennent pas à prouver de façon décisive que l'entrée en campagne se réalise simplement par la réponse à l'appel sous les drapeaux. Le texte qu'ils avancent, le décret du 27 septembre 1914, loin de résoudre la question, la laisse dans l'équivoque, sa teneur étant contraire à celle de la loi du 14 avril 1832 sur laquelle il s'appuie. D'autre part, si cette dernière disposition ne peut être considérée, à raison de son ancienneté, comme ayant été envisagée par les parties (1), l'autre ne saurait l'être davantage, puis-

(1) V. à ce sujet Note Lacour précitée.

qu'elle n'était pas encore intervenue au moment où ces contrats ont été passés et que la solution donnée par elle n'avait pas été explicitement consacrée par les antécédents en la matière. Par ailleurs, la raison et la logique, auxquelles on recourt pour tenter de renforcer une théorie bien fragile en soi, n'apportent pas non plus d'éléments indiscutables de conviction, au contraire. Somme toute, cette façon d'entendre les choses ne se révèle pas comme parfaitement adéquate aux termes mêmes de l'expression. Et cette conclusion, rendue déjà manifeste par l'examen de cette seconde branche de la clause, se montrera plus évidente encore lorsque nous aurons repris un moment la clause dans son ensemble.

C. — La clause en elle-même

La jurisprudence considérant comme service de guerre tout service accompli dans une des formations de l'Armée placée sur pied de guerre, et faisant commencer ce service, et par là entrer l'individu en campagne, au jour où celui-ci a rejoint le corps quelconque qui lui est assigné, aboutit à consacrer un système extrêmement large. Nous l'avons déjà vu du reste. Mais la largeur de cette opinion rend une erreur possible. A lire les décisions judiciaires et les formules utilisées, où l'on nous dit fréquemment que l'entrée en campagne se confond avec la Mobilisation et que celle-ci équivaut à celle-là, on serait porté à croire que toute mobilisation entraîne un service de guerre. Ce serait une grave confusion. Les partisans mêmes de cette doctrine se sont aperçus de ce danger et se sont empressés d'y parer (1).

(1) V. Note Lacour précitée.

Selon l'article 42 § 3 de la loi du 21 mars 1905, sur le recrutement de l'armée (1), les hommes des différentes catégories employés en temps de paix à certains services ou dans des établissements dont le bon fonctionnement est indispensable aux besoins de l'Armée, peuvent être autorisés à ne rejoindre leur corps d'affectation que dans un délai déterminé par le Ministre de la Guerre. D'un autre côté, l'article 6 de la loi du 17 août 1915 (2), confirmé par les articles 3, 4 et 10 de la loi du 10 août 1917 (3), donne au Ministre de la Guerre le droit d'affecter aux établissements travaillant pour la Défense nationale certains individus mobilisés ou mobilisables, présentant les qualités et aptitudes voulues, telles qu'elles sont déterminées par le texte. En ce qui concerne ces derniers la question ne se pose que pour ceux d'entre eux qui n'ont jamais rejoint leur corps, car les autres, d'après la jurisprudence, entrent en campagne et voient l'assurance suspendue à leur égard. Mais pour les hommes de cette catégorie qui n'ont pas été envoyés à l'Armée, comme pour ceux de l'autre espèce autorisés à ne pas rejoindre, il est permis de se demander en quelle situation ils se trouvent. Les uns et les autres sont mobilisés : le dernier alinéa de l'article 42 de la loi de 1905, auquel l'article 6 § 8 de la loi du 17 août 1915 et l'article 10 § 5 de celle du 10 août 1917 se réfèrent, le prouve : ces hommes, en effet, sont soumis à la juridiction des tribunaux militaires par application de l'article 57 du Code de Justice Militaire. Une logique rigoureuse conduirait donc à dire, précisément puisque la plupart d'entre eux travaillent pour les besoins de l'Armée, que dès leur mobilisation l'assurance les cou-

(1) V. D., 1905.4.41.
(2) V. D., 1915.4.177.
(3) V. *Journal Officiel* du 15 août 1917.

vrant est suspendue. Un tel raisonnement serait excessif, et les partisans mêmes de la doctrine de la jurisprudence conviennent que les motifs de la suspension ne se trouvent pas ici. On interrompt d'ordinaire le cours du contrat parce que le genre de vie auquel la Mobilisation soumet l'individu, l'expose à des dangers qu'il ne subissait pas auparavant. Si, au contraire, en certaines circonstances, l'homme que la guerre vient militariser, mène la même existence que par le passé, et n'accomplit d'autres travaux que ceux qu'il remplissait jusque-là, il n'est pas soumis, du fait des événements, à des risques nouveaux : son service, resté inchangé, ne peut être qualifié de service de guerre, et la suspension, en conséquence, ne joue pas. Le simple bon sens impliquait une telle solution (1).

Voilà donc une restriction qu'il est indispensable d'apporter à ce système : les assurés qui, bien que mobilisés, ne rejoignent pas effectivement une formation de l'Armée et demeurent dans leur emploi antérieur, ne sont pas privés du bénéfice de l'assurance.

Cette délimitation faite, la doctrine de la jurisprudence révèle encore des inconvénients. Elle est à la fois trop large et trop étroite.

a) *Elle est trop large.* — Des exemples vont nous le montrer. L'ouvrier d'un établissement d'État : arsenal, manufacture, poudrerie, peu importe, que la Mobilisation laisse à son poste, n'effectue, bien que touché par l'appel général, aucun service de guerre, et n'est pas dépouillé des avantages de sa police. Nous venons de le voir. Mais voici qu'on lui envoie, comme camarade de travail, après l'ouverture des hostilités, un auxiliaire qui a rejoint préalablement son dépôt. Ce militaire

(1) V. à ce sujet la note de M. Lacour précitée.

obtient, quelques jours après son entrée à la caserne, l'autorisation de coucher chez lui : par suite il n'est plus soumis qu'à une discipline militaire très vague. Son assurance est-elle suspendue ? — Puisqu'il a rejoint le service qui lui était affecté pour le cas de guerre, et est ainsi entré en campagne, on devrait dire logiquement que son contrat est interrompu. Cependant en quoi sa situation diffère-t-elle de celle de son voisin qui conserve le bénéfice de l'assurance ? En quoi lui impose-t-elle plus de risques qu'à ce dernier ? Les conditions de la vie, répondra-t-on, sont changées pour le premier, tandis qu'elles ne le sont pas pour le second. Allons donc ! Il y a grandes chances que si l'on a dirigé cet individu sur cet atelier, c'est qu'il exerçait déjà auparavant un métier semblable. Dès lors qu'il le remplisse dans une maison ou dans une autre, en quoi cela augmente-t-il les dangers pour lui ? — La contradiction serait plus violente encore si cet homme avait déjà travaillé avant la guerre dans cet établissement, et venait, pour une raison quelconque, de le quitter, ce qui lui enlevait tout droit à cette sorte de mobilisation sur place.

La jurisprudence, saisie d'un cas de ce genre, n'a pas osé aller jusqu'au bout de sa théorie. Elle considère que l'individu qui, après avoir rejoint son corps, a été renvoyé dans un établissement travaillant pour la Défense nationale, sans avoir fourni un service militaire proprement dit, ne peut pas être considéré comme ayant effectué un service de guerre, ni même comme entré en campagne ; il a rempli simplement une mission spéciale de mobilisation (1). Ce n'est que trop juste. Seulement en se décidant de la sorte, la jurisprudence

(1) V. en ce sens Trib. civ. de Lyon, 29 mars 1916, *Journal des Assurances*, 1916, p. 479, D. 16.2.161.

n'est pas logique avec elle-même et abandonne en partie son système, aux termes duquel tout individu qui a rejoint son corps est entré en campagne et doit en conséquence voir son assurance suspendue. Ce jugement ajoute qu'il faut en outre, pour qu'il en soit ainsi, que les conditions de vie de l'intéressé soient modifiées et qu'en l'espèce elles ne l'étaient pas. Ce n'est pas sûr. Cette exigence pouvait en fait se trouver remplie. Par cela seul que l'industriel, jadis maître absolu de ses opérations, passe sous le contrôle de l'autorité militaire, travaille selon les prescriptions de celle-ci, dans des conditions anormales, avec une main-d'œuvre de fortune, pousse sa fabrication, il supporte une augmentation de soucis, de préoccupations, de dangers peut-être, de risques en somme, qui équivaut bien à celle que subit un employé transporté du bureau d'une usine en celui d'une caserne !

D'ailleurs il est un cas, fourni par la jurisprudence également, qui nous révèle mieux encore les difficultés engendrées par cette doctrine. Voici un mécanicien de chemin de fer. En vertu de règlements particuliers à cette catégorie de travailleurs, la Mobilisation les fait passer directement, et sans que leur service soit en rien modifié, sous le contrôle de l'autorité militaire. Cet ouvrier, atteint par l'appel général, n'a donc pas de corps à rejoindre : il lui suffit de demeurer à son poste. Par cela même qu'après l'ordre de Mobilisation il poursuit son service, entre-t-il en campagne ? Et le brassard qu'il porte autour de la manche, signe de sa militarisation, lui fait-il accomplir sur sa même machine un service de guerre ? En pure logique on devrait tenir ce salarié pour mobilisé, et, par suite, suspendre l'assurance qui le couvre. Il n'en sera ainsi, a déclaré la jurisprudence, que s'il résulte de l'état de guerre des risques nouveaux pour ce travailleur,

mettant son existence dans des conditions tout à fait différentes de celles de l'état normal (1). En fait il s'agissait d'un mécanicien de la Compagnie du Nord, soumis, en raison des circonstances, à un régime spécial, obligé qu'il était de traverser des zones rendues dangereuses par la proximité de l'ennemi. Cela nous montre que si ces circonstances particulières n'avaient pas existé, s'il se fut agi en somme d'un réseau éloigné des lieux des opérations militaires, la solution eût été autre, et l'assurance n'eût point été suspendue. Pourtant si on s'attache au changement d'existence résultant de la guerre, il y en a bien un aussi pour les employés de ces réseaux, soit à la suite de la désorganisation des services, soit à la suite de l'intensification de leur trafic, soit enfin à la suite des risques plus nombreux d'accidents et même d'attentats. Tout cela nous prouve que la jurisprudence n'a pas suivi rigoureusement son principe ordinaire, qui ne s'appuie pas sur le risque de guerre proprement dit, mais seulement, d'une façon plus large, sur l'affectation à un service quelconque de l'Armée. Au fond, c'est la notion du risque de guerre *stricto sensu* qui l'a déterminée ici, et, sans son existence, elle n'eût pas retenu les deux autres éléments, réalisés en l'espèce, et estimés suffisants en général. Ce jugement nous fait voir, une fois encore, que la jurisprudence n'ose pas appliquer sa théorie en entier, et s'efforce d'échapper aux conséquences qui en découlent naturellement. C'est donc que la base en est trop étendue. La reconnaissance virtuelle que les tribunaux sont amenés à en faire les condamne.

(1) V. en ce sens Trib. d'Abbeville, 20 juil. 1916, *Gaz. des Trib.*, 2 nov. 1916, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1916.2.420. *Revue Droit Civ.*, 1917, p. 141.

b) *La doctrine de la Jurisprudence est trop étroite également.* — Pour elle l'assuré entre en campagne au jour où il rejoint le poste qui lui est assigné. C'est admissible. Mais si l'on se base, pour justifier la suspension du contrat, sur l'augmentation des risques provoquée par l'état de guerre, ce n'est pas à ce moment seulement qu'il faut se placer, car ce n'est pas qu'à compter de cette heure que les risques s'aggravent. C'est dès l'instant où le mobilisé quitte ses foyers pour répondre à son ordre d'appel que son genre de vie change et que les dangers pour lui s'accroissent. Les perturbations et l'encombrement que la Mobilisation a entraînés dans les transports n'ont pas été exempts de périls pour ceux qui devaient utiliser ces derniers. Certes, en temps de paix aussi, les voyages exposent à des aléas ; on ne saurait pourtant les comparer à ceux que fit naître l'obligation imposée à une masse considérable d'hommes, de rejoindre immédiatement et simultanément les Armées. De cette situation, engendrée par l'état de guerre, surgirent des risques exceptionnels. Puisque ce sont ceux là que l'on veut écarter, pourquoi ne pas en tenir compte ici et ne pas faire remonter la suspension au jour où l'individu a quitté véritablement sa vie habituelle, au jour de sa mise en route ; cette date n'étant d'ailleurs pas plus difficile à déterminer administrativement que toute autre ? Le Tribunal d'Oran a bien donné sur ce point une solution contraire ; toutefois il s'est contenté d'affirmer que les risques n'étaient pas accrus pour l'assuré jusqu'au moment où il avait rejoint son poste, sans expliquer en rien sa manière de voir et sans étayer son dire d'aucun argument (1).

(1) Trib. civ. d'Oran, 14 février 1916, *Journ. des Assurances*, 1916, p. 314, D. 1916.2.161.

***

Sous un angle comme sous un autre, soit qu'elle révèle un domaine trop étendu, soit qu'elle découvre un champ trop restreint, la jurisprudence se heurte ainsi à des critiques. Cependant ce ne sont peut-être pas là encore les objections les plus décisives que l'on puisse soulever contre elle. Une autre demeure plus forte que les précédentes, et il nous faut l'énoncer maintenant.

Si nous nous en rapportons au Code et à ce principe d'interprétation posé dans son article 1157, lorsqu'une clause d'un contrat est susceptible de deux sens, elle doit être entendue dans celui qui ne la rendra pas ridicule. Or voici une jurisprudence qui considère comme effectuant un service de guerre et comme entrant en campagne, tous individus qui ont rejoint leur poste de mobilisation, quel que soit ce dernier. On admettra donc que les militaires classés, à raison de leur état de santé, dans le service auxiliaire, et en conséquence retenus en grande majorité dans des emplois de la zône de l'intérieur, font campagne. Comment peuvent-ils bien s'y prendre pour se comporter de la sorte, puisqu'ils ont été officiellement déclarés inaptes à faire campagne ! On arrive, avec ce système, à faire entrer en campagne des gens qui, légalement, ne peuvent y entrer. Quelle incohérence ! Un individu proclamé incapable d'effectuer une campagne de guerre peut-il être considéré comme en effectuant une ? Le même homme peut-il occuper à la fois deux situations contraires ? Peut-il être tenu, à un point de vue, pour remplissant des fonctions de guerre, et, à un autre, pour impuissant à les remplir ? Sa situation ne doit-elle pas être unique comme sa conduite

même, et ne doit-elle pas être déterminée d'après celle-ci ? Le bon sens ne permet pas de douter.

Sans doute dira-t-on, le décret de septembre 1914 décide que ces auxiliaires font campagne. Oui. Seulement, en face, il y a la mention du livret militaire de chacun de ces individus qui les déclare inaptes, et leur donne pour ce motif une affectation particulière. Et c'est à cette mention, et rien qu'à elle, que ces derniers se sont reportés lors de la souscription de leur police ; c'est sur elle qu'ils se sont fiés comme c'est sur elle que les compagnies, de leur côté, se sont guidées. Dès lors, n'est-ce pas à elle qu'il faut s'en remettre pour rechercher l'intention des parties qui fixera leur loi commune ?

La confusion que cette théorie fait ainsi consacrer nous montre tout le danger qu'il y a à recourir au procédé de la fiction. C'est l'admission de ce principe : le militaire est censé entrer en campagne par cela même qu'il rejoint son corps, — qui a conduit la jurisprudence à ce résultat tout à fait contraire à la réalité des choses. Pour le justifier elle a été amenée à élaborer ensuite un système à tendance subjective, rattachant la suspension de l'assurance non plus au risque de guerre proprement dit, mais au changement d'existence imposé à l'assuré par cet état. Ce sont les modifications subies par lui dans le cours ordinaire de sa vie qui font interrompre le contrat, quel que soit le service qu'il remplisse. Sur quoi se fonde cette idée ? Sur quoi la base-t-on ? Le décret de septembre 1914 mis à part, comment prouver qu'un service de guerre exigeant une entrée en campagne soit constitué par un service quelconque entrepris à l'heure voulue dans une région non atteinte par la guerre? Service de guerre et entrée en campagne, ce sont là des termes précis, ayant un sens technique. Et pour les interpréter on a recours à une création

purement arbitraire. Rien n'appuie une semblable doctrine. De plus les faits la contredisent.

Les faits nous montrent que ces expressions ont une signification déterminée, et une seule : le service de guerre est celui qui s'accomplit dans les lieux soumis à l'influence de la guerre elle-même, influence susceptible de se manifester de multiples façons : feu de l'ennemi, maladies, accidents, etc. C'est aussi celui accompli en d'autres lieux par des individus destinés à participer à des opérations de guerre caractérisées. En d'autres termes, c'est le service effectué par les hommes appartenant aux formations de l'Armée proprement dite, qu'ils soient classés dans les unités combattantes ou dans les services accessoires, engagés déjà dans les opérations, ou même, pour les premiers, simplement en état de l'être. A l'égard de ceux-ci, en effet, ce service mérite son nom alors même qu'il serait rempli à l'arrière ; à l'égard des autres, il ne saurait le justifier que lorsqu'il est fourni à l'avant. Une distinction s'impose entre les militaires que leurs aptitudes ont fait placer dans les corps appelés à prendre part aux opérations de guerre véritables, et qui, pour cette raison, sont soumis dans l'arrière-pays à une préparation guerrière les exposant à des dangers spéciaux (lancement de grenades, instruction aéronautique, conduite et utilisation des tanks, mouillage et relèvement des mines sous-marines), — et ceux que leur situation a fait verser dans les corps appelés à pourvoir à l'administration, au fonctionnement et à la vie de l'Armée. Donc deux catégories de militaires semblent pouvoir être considérés comme remplissant un service de guerre : tous ceux qui se trouvent dans la zône des Armées, et, parmi ceux qui sont à l'intérieur, ceux-là seuls qui s'adonnent ou se préparent à des opérations entourées de périls anormaux et inhérents à la guerre.

Quant à l'entrée en campagne, on en déterminera aisément la date en se basant sur la distinction que nous venons de poser. Elle est fonction de la qualité du service. L'accomplissement d'un service de guerre suppose une entrée en campagne préalable, et celle-ci entraîne l'exécution d'un semblable service. De là deux régimes selon les militaires envisagés.

Pour les mobilisés appartenant aux unités combattantes, l'entrée en campagne nous paraît réalisée le jour où ces individus ont rejoint leur corps, puisque dès ce moment ils sont exposés à des risques exceptionnels, sont à la disposition du commandement, et susceptibles d'être envoyés dans la zône de bataille. Sans doute il y aura encore là quelque chose de fictif. Si, en effet, certains de ces soldats sont immédiatement dirigés sur le front, d'autres pourront demeurer un certain temps — un long temps parfois— dans leur dépôt : et ils seront néanmoins tenus pour effectuant une campagne, c'est-à-dire pour participant aux opérations, alors qu'ils seront encore loin des lignes ennemies. Cependant la fiction sera réduite au minimum. Et d'ailleurs si ces militaires ne sont pas actuellement exposés aux risques des hostilités, ils subissent ceux que leur impose l'apprentissage de la guerre.

Pour les mobilisés appartenant aux services accessoires de l'Armée, l'entrée en campagne ne se produira qu'au jour où ils partiront rejoindre les troupes en opérations. Ce n'est qu'à ce moment que commenceront pour eux les dangers anormaux inhérents à l'état de guerre. Ce n'est qu'à ce moment qu'ils pourront être atteints par les effets directs (nous ne disons pas immédiats) et véritables de la situation présente. Ce n'est donc qu'à ce moment qu'ils entament un service de guerre, et, par suite, entrent en campagne. Solution proposée d'une façon générale par une certaine décision de

jurisprudence (1). Et évidemment ce serait peut-être là le système idéal. Ainsi serait obtenue une entière adaptation des termes du contrat aux faits. Le service de guerre serait celui accompli dans la zône de guerre, et celui-là seul. D'autre part la campagne ne s'ouvrirait qu'au jour où l'on pénétrerait dans cette région. Mais de la sorte on inclinerait vers une interprétation trop littérale. On ne saurait oublier que si le risque de guerre doit avoir un rapport certain avec la guerre elle-même et découler des périls que celle-ci entraîne, comme nous le pensons, il n'est pas nécessaire qu'il résulte d'un fait d'hostilité, du feu de l'ennemi : il peut provenir aussi d'une autre circonstance, pourvu que celle-ci tienne essentiellement à cet état exceptionnel, ait sa raison en lui, et se justifie par lui. A ce titre la préparation à la guerre, avec les dangers d'ordre particulier qu'elle suscite, dangers d'un degré moindre que ceux provoqués par l'événement en soi, pourtant de même ordre et de même nature, nous paraît devoir rentrer dans ces occurrences. Celui qui l'effectue participe en quelque chose à la guerre : ce qu'il subit, ce n'est sans doute pas déjà le service spécial que celle-ci impose, mais ce n'est plus non plus le service du temps de paix. Il se prépare, il s'adapte ; il ne combat pas encore : c'est qu'il entre seulement en campagne.

En résumé si l'examen de la réalité nous incite à décider que les militaires versés dans les services accessoires entreront seulement en campagne au jour où ils partiront rejoindre l'Armée en opérations, l'intérêt pratique nous pousse à reconnaître, au contraire, que les mobilisés des formations combattantes y entreront du jour où ils se rendent à leur

(1) V. Trib. civ. de Dijon, 13 mars 1917, *Le Droit*, 17 juin 1917, *Gaz. des Trib.*, 20 juin 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.290.

corps, celui-ci fut-il à l'arrière. Comme par ailleurs nous avons soutenu que les militaires placés par la Mobilisation dans un emploi sédentaire ne les exposant pas aux risques de guerre proprement dits et ne les faisant pas participer à la campagne des troupes en opérations, n'accomplissent point un service de guerre, nous avons ainsi tenté d'harmoniser d'une façon aussi adéquate que possible la condition de chaque mobilisé avec la situation réelle qu'il occupe. Nous avons suivi les faits de près et cherché à voir, d'après le rôle de chacun, les droits qui lui revenaient. Le soldat véritable fera la guerre dès qu'il gagnera son poste. Le semi-soldat des services, du moment où il courra les risques que créent les hostilités. Le civil militarisé ne sera pas censé tenir une place qu'il ne tient pas vraiment : il demeurera civil et ne suivra en rien le sort du guerrier.

***

Somme toute, si « le droit est l'image transposée de la vie » (1), nous serions disposés à nous rallier à un système objectif. Au lieu de déduire, comme la jurisprudence, la suspension de l'assurance de la simple aggravation personnelle des risques pour l'assuré, nous la ferions dépendre, selon les termes du contrat, de l'accroissement des risques résultant des opérations de guerre. Nous prendrions les expressions de la police dans leur sens courant, celui qu'a dû entrevoir l'assuré, celui aussi, par conséquent, faute d'explication particulière, qui lie l'assureur (2), sans chercher à leur

(1) V. Hauriou, *Principes de Droit public*, 2e édition, 1916, p. 387.

(2) L'assureur insérant ces termes dans la police n'a pu les prendre dans un sens différent de celui qu'ils ont habituellement. S'il n'en

donner une interprétation extensive qu'un contrat de droit strict ne permet pas. C'est bien, en quelque sorte, le changement de vie supporté par l'assuré à la suite de la guerre qui fait interrompre la convention, mais ce n'est pas tout changement ; seul celui qui implique véritablement risque de guerre amène ce résultat.

Ainsi à la théorie de la Jurisprudence, à la fois trop large et trop étroite, ayant tendance à aller au delà des besoins qu'elle entend satisfaire et en même temps à rester en deça, s'exposant à englober des hypothèses qui dépassent ses justes limites et à en omettre d'autres qui les atteignent, pour aboutir enfin à des contradictions et à des inconséquences, pourrait, croyons-nous, être substitué un système plus adéquat aux faits, plus en harmonie avec la réalité des choses et, autant que faire se peut, calqué sur elle (1). Ne serait-ce pas

avait pas été ainsi, il n'aurait pas manqué de s'en expliquer et d'indiquer ce qu'il entendait par là. Son silence laisse aux expressions leur signification coutumière. Comment admettre que l'un des contractants ait pu, sans avertir son partenaire, donner à ces mots une acception spéciale qui s'impose ? En un tel cas, ce dernier aurait été induit en erreur sur la garantie qu'on lui offrait (puisqu'elle serait bien plus étroite que celle qu'il attend), c'est-à-dire sur l'objet du contrat.

(1) Dans un système de ce genre, a-t-on objecté (V. DEMOGUE, *Revue Droit civil*, 1916, p. 515), il sera difficile de faire la démarcation entre le cas où on sera en présence de l'ennemi et celui où on ne le sera pas. Mais, tout d'abord, dans le système de la jurisprudence lui-même, une telle délimitation, nous l'avons vu pour les employés de chemins de fer, n'est pas toujours aisée à opérer non plus. Ensuite une difficulté d'appréciation ne doit pas à elle seule faire rejeter un système, si celui-ci a par ailleurs des avantages. Enfin nous espérons avoir conçu une différenciation qui ne serait pas particulièrement délicate à faire entrer en jeu, et ne pécherait pas tant par l'imprécision. Au contraire le résultat sera plus net. Service de guerre signifiera service de guerre, et rien de plus. Les prévisions des parties qui doivent dominer dans l'interprétation de ce contrat de droit strict seraient respectées dans toute la mesure où les termes qu'elles ont employés permettent de les induire.

là mieux répondre aux nécessités de la pratique et mieux reconnaître le grave intérêt social en jeu (1) ?

SECTION III

CONSÉQUENCES DE L'EXISTENCE OU DE L'ABSENCE DU RISQUE DE GUERRE

Nous savons maintenant dans quels cas les deux conditions dont la réunion constitue le risque de guerre existeront ou non. Il nous faut dès lors examiner les effets qu'entraînera leur présence ou leur absence.

(1) Les partisans du système de la jurisprudence arrivent à englober dans un même régime tous les assurés militarisés, ceux de l'arrière comme ceux du front. Est-ce bien le moment de proposer une telle opinion, à l'heure où l'on reconnaît précisément qu'il est indispensable de les distinguer? Le Gouvernement a déposé, en effet, le 23 novembre 1916 (V. *Journ. Off.*, 1916, *Doc. parl.*, Chambre, N° 2705), un projet de loi qui sépare les mobilisés de l'arrière de ceux du front. Les uns et les autres ne vivant pas une même existence, il importe de leur faire une condition distincte, adaptée à leur état propre. Aussi, aux termes de l'art. 4 alinéa 2, les poursuites judiciaires demeurent suspendues contre ceux du front, sauf au cas où ils consentiraient à y répondre ; au contraire, selon l'art. 4 alinéa 3, elles deviennent possibles contre ceux de l'arrière, après autorisation spéciale. Là aussi il y aura une démarcation à établir, délicate parfois. Cela n'a pas empêché qu'on l'a estimée désirable. Cf. à ce sujet: Japiot, *Les Instances et saisies contre les mobilisés*, *Rev. Politique et Parlementaire* du 10 août 1917, p. 196, et spécialement, p. 201. — Ce projet est devenu la loi du 26 juillet 1918 (*J. Off.* du 2 août).

Remarquons en outre que la jurisprudence a sans doute été entraînée à adopter ici un système aussi large par l'interprétation qu'elle a donnée en d'autres matières des expressions : mobilisés et présents sous les drapeaux. Elle a tendance, nous l'avons vu, à assimiler les deux termes : et elle tient comme présent sous les drapeaux tout militaire qui a rejoint son corps. De là à déduire que, puisque cet individu le faisait à raison de la guerre, il accomplissait un service de guerre, il n'y avait qu'un pas.

A. — Il y a Service de guerre et Entrée en campagne

En une telle hypothèse, la clause insérée dans la police jouera et le contrat sera suspendu de plein droit. Que l'assuré vienne à mourir par la suite, soit d'un fait de guerre proprement dit, soit de toute autre façon, sa femme, bénéficiaire de la convention, n'aura pas droit à l'indemnité prévue. Il en sera également ainsi alors même que le décès de l'assuré surviendrait pendant que celui-ci se trouve en permission (1) ; alors même qu'il surviendrait après son retour définitif dans ses foyers avant la cessation des hostilités et l'expiration des trois mois suivants (2). (Réserve faite du cas où, conformément aux prévisions de la police, l'assuré aurait demandé la reprise antérieure de l'assurance en se soumettant à une visite médicale).

Est-ce à dire pourtant que la femme de l'assuré n'aura droit à rien, et que désormais, par le seul fait de l'interruption, tout l'avantage du contrat sera ruiné, soit pour l'assuré, soit pour la bénéficiaire ? — Non. Car une clause devenue presque de style dans les polices déclare que si le contrat est suspendu, le bénéficiaire pourra, en cas de décès de l'assuré, réclamer le remboursement de la réserve mathématique. En conséquence, la femme dont le mari est mort à la guerre aura faculté d'invoquer cette clause pour obtenir le paiement de la réserve (3).

(1) V. à ce sujet Cour d'Aix, 5 mars 1917, *Gaz. des Trib.*, 20 juin 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.288, *Journ. des Assur.*, 1917, p. 224.

(2) Cf. Note Lacour, D. 1916.2.161. — V. Trib. civ. de Gap, 6 février 1917, *Journal des Assurances*, 1918, p. 26.

(3) V. notamment à ce sujet Trib. de Bordeaux, 27 décembre 1915, *J. des Ass.*, 16, p. 213 ; Trib. de Toulouse, 11 mars 1916, *J. des Ass.*, 16, p. 258 ; Trib. d'Abbeville, 20 juil. 16, *J. des Ass.*, 1917, p. 30 ;

Mais que décider si la police n'a rien prévu à ce sujet ? Selon nous, le bénéficiaire n'en aurait pas moins droit à la réserve. En effet, outre l'usage, il lui serait permis de se prévaloir de la nature juridique de la réserve. C'est là quelque chose qui appartient à l'assuré, étant constitué par l'excédent des primes, versées par lui-même et les autres assurés, sur les dépenses correspondantes (1). Donc cela doit revenir à son ayant-droit, le bénéficiaire de l'assurance. Celui-ci ne saurait être obligé, sauf stipulation contraire, de se contenter de la valeur de rachat de la police à la date de la suspension.

Ce n'est pas tout encore. Son contrat étant suspendu, l'assuré ne doit plus acquitter les primes. Effectuer ces versements périodiques constituait pour lui une obligation, parce qu'il s'y était engagé en retour d'une promesse de garantie. Celle-ci n'étant plus mise à exécution, le respect de l'autre ne saurait être réclamé. Il est de principe que dans un contrat synallagmatique l'obligation de l'un a pour contre-partie l'obligation de l'autre, et que si ce dernier ne remplit pas sa charge, son partenaire à l'exception *non adimpleti contractus* pour se refuser de remplir les siennes (2). Si, ignorant la suspension qui le frappait, l'assuré a continué à solder les primes comme par le passé, il a acquitté une dette qu'il ne devait pas ; il a payé sans cause, car, au fond, la cause de son

Cour d'Aix, 5 mars 1917, *J. des Ass.*, 1917, p. 224 ; Trib. de Gap, 6 fév. 1917, *Jour des Ass.*, 1918, p. 25.

(1) V. Colin et Capitant, t. II, p. 623-624-625.

(2) En ce sens le décret du 23 février 1917. L'art. 2 dit pour les individus présents sous les drapeaux : le *recouvrement de leurs primes échues au cours de la période pendant laquelle ils sont restés couverts de leur risque*, se fera dans les conditions qui seront déterminées après les hostilités. Donc s'ils n'ont pas été couverts, ils ne doivent pas de prime (*Lois Nouvelles*, 1917, 3e partie, p. 156).

A. — Il y a Service de guerre et Entrée en campagne

En une telle hypothèse, la clause insérée dans la police jouera et le contrat sera suspendu de plein droit. Que l'assuré vienne à mourir par la suite, soit d'un fait de guerre proprement dit, soit de toute autre façon, sa femme, bénéficiaire de la convention, n'aura pas droit à l'indemnité prévue. Il en sera également ainsi alors même que le décès de l'assuré surviendrait pendant que celui-ci se trouve en permission (1) ; alors même qu'il surviendrait après son retour définitif dans ses foyers avant la cessation des hostilités et l'expiration des trois mois suivants (2). (Réserve faite du cas où, conformément aux prévisions de la police, l'assuré aurait demandé la reprise antérieure de l'assurance en se soumettant à une visite médicale).

Est-ce à dire pourtant que la femme de l'assuré n'aura droit à rien, et que désormais, par le seul fait de l'interruption, tout l'avantage du contrat sera ruiné, soit pour l'assuré, soit pour la bénéficiaire ? — Non. Car une clause devenue presque de style dans les polices déclare que si le contrat est suspendu, le bénéficiaire pourra, en cas de décès de l'assuré, réclamer le remboursement de la réserve mathématique. En conséquence, la femme dont le mari est mort à la guerre aura faculté d'invoquer cette clause pour obtenir le paiement de la réserve (3).

(1) V. à ce sujet Cour d'Aix, 5 mars 1917, *Gaz. des Trib.*, 20 juin 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.288, *Journ. des Assur.*, 1917, p. 224.

(2) Cf. Note Lacour, D. 1916.2.161. — V. Trib. civ. de Gap, 6 février 1917, *Journal des Assurances*, 1918, p. 26.

(3) V. notamment à ce sujet Trib. de Bordeaux, 27 décembre 1915, *J. des Ass.*, 16, p. 213 ; Trib. de Toulouse, 11 mars 1916, *J. des Ass.*, 16, p. 258 ; Trib. d'Abbeville, 20 juil. 16, *J. des Ass.*, 1917, p. 30 ;

Mais que décider si la police n'a rien prévu à ce sujet ? Selon nous, le bénéficiaire n'en aurait pas moins droit à la réserve. En effet, outre l'usage, il lui serait permis de se prévaloir de la nature juridique de la réserve. C'est là quelque chose qui appartient à l'assuré, étant constitué par l'excédent des primes, versées par lui-même et les autres assurés, sur les dépenses correspondantes (1). Donc cela doit revenir à son ayant-droit, le bénéficiaire de l'assurance. Celui-ci ne saurait être obligé, sauf stipulation contraire, de se contenter de la valeur de rachat de la police à la date de la suspension.

Ce n'est pas tout encore. Son contrat étant suspendu, l'assuré ne doit plus acquitter les primes. Effectuer ces versements périodiques constituait pour lui une obligation, parce qu'il s'y était engagé en retour d'une promesse de garantie. Celle-ci n'étant plus mise à exécution, le respect de l'autre ne saurait être réclamé. Il est de principe que dans un contrat synallagmatique l'obligation de l'un a pour contre-partie l'obligation de l'autre, et que si ce dernier ne remplit pas sa charge, son partenaire à l'exception *non adimpleti contractus* pour se refuser de remplir les siennes (2). Si, ignorant la suspension qui le frappait, l'assuré a continué à solder les primes comme par le passé, il a acquitté une dette qu'il ne devait pas ; il a payé sans cause, car, au fond, la cause de son

Cour d'Aix, 5 mars 1917, *J. des Ass.*, 1917, p. 224 ; Trib. de Gap, 6 fév. 1917, *Jour des Ass.*, 1918, p. 25.

(1) V. Colin et Capitant, t. II, p. 623-624-625.

(2) En ce sens le décret du 23 février 1917. L'art. 2 dit pour les individus présents sous les drapeaux : le *recouvrement de leurs primes échues au cours de la période pendant laquelle ils sont restés couverts de leur risque*, se fera dans les conditions qui seront déterminées après les hostilités. Donc s'ils n'ont pas été couverts, ils ne doivent pas de prime (*Lois Nouvelles*, 1917, 3e partie, p. 156).

obligation n'est pas dans le contrat lui-même, mais dans l'obligation de l'autre partie : cette dernière étant suspendue, la sienne l'est également : il aura ainsi payé l'indu, ce qui donne droit à répétition (1). Aussi, à son décès, la bénéficiaire du contrat pourra solliciter le remboursement de ces primes (2), quitte ensuite à en rendre compte à la succession de son mari.

Enfin, comme nous l'avons vu précédemment, l'assuré peut souscrire un avenant pour se couvrir du risque de guerre. En une telle hypothèse le contrat continue, et si le militaire protégé vient à décéder, la bénéficiaire est en droit de réclamer l'indemnité prévue. Arrêtons-nous un moment sur ce dernier cas.

(1) L'équité veut que les primes échues pendant la suspension de l'assurance ne soient pas dues. Mais souvent les polices contiennent une clause déclarant qu'en ce cas le paiement est seulement suspendu, et qu'il doit être acquitté après la fin des hostilités pour la reprise du contrat. En une telle hypothèse la convention fait la loi des parties. V. à ce sujet Bordeaux, 27 décembre 1915, *J. des Assur.*, 1916, p. 213 ; Abbeville, 20 juil. 16, *J. des Ass.*, 17, p. 32.

Une décision va plus loin et, même au cas où la police n'a rien prévu à ce sujet, déclare : la Compagnie ne fait qu'user de son droit en réclamant les primes échues pendant la suspension temporaire, étant donné que sous ce régime les primes restent dues en vue de la reprise ultérieure du contrat. V. Trib. civ. de Gap, 6 février 1917, *Journ. des Ass.*, 1918, p. 25. Mais en cas de silence de la police, sur quoi se fonde ce droit de la Compagnie ? Sur l'usage ? Est-il si connu que l'assuré puisse se le voir opposer sans que le contrat en ait fait mention ? C'est douteux. C'est sans doute une clause souvent insérée dans les polices, mais pas d'un emploi unanime, puisque le régime qu'elle suppose n'est pas toujours adopté et que certains contrats lui avaient préféré celui de la résiliation.

(2) V. en ce sens Trib. de Bordeaux, 27 déc. 1915 précité. Abbeville, 20 juillet 1916 précité. Si le contrat n'avait pas été définitivement arrêté par la mort de l'assuré, on comprendrait mieux cette idée que les primes ainsi soldées durant la suspension l'aient été en vue de la reprise ultérieure de l'assurance.

A bis. — Il y a Service de Guerre et Entrée en Campagne, mais l'assuré a souscrit un avenant

Ainsi que nous l'avons vu jadis également, pour obtenir la prise en charge par la Compagnie du risque de guerre, l'assuré doit payer une surprime.Ce n'est qu'autant qu'il acquittera cette obligation que l'assureur consentira à remplir la sienne. Or ici une difficulté se présente. Des dispositions sont intervenues, en effet, pour accorder aux débiteurs, surpris par la guerre, la faculté de surseoir à l'exécution de leurs obligations. Le décret du 10 août 1914 (1), rendu en exécution de la loi du 5, décide dans son article 5 : « Pendant le même temps (c'est-à-dire pendant la durée de la Mobilisation et jusqu'à la cessation des hostilités),cesseront de produire effet les clauses des contrats qui stipulent une déchéance en cas d'inexécution dans un délai et à une date préfixe, à condition que ces contrats aient été conclus avant le 4 août 1914. » — Ce texte a une portée générale : il s'applique par conséquent au contrat d'assurance. Si un doute était possible sur ce point, il serait dissipé par la Circulaire Ministérielle du 12 août 1914 (2) qui déclare formellement que l'assurance rentre dans les prévisions du décret du 10. Donc l'assuré bénéficie du moratorium pour le paiement de ses primes. En jouit-il aussi pour l'acquittement de ses surprimes, de sorte que bien qu'il se soit abstenu de les solder, l'avenant n'en produise pas moins son effet, pour le garantir des risques de guerre (3) ? La difficulté provient d'une restriction impor-

(1) V. Dal., *Guerre* 1914, t. I, p. 62.

(2) V. D. 1914.4.90.

(3) Rappelons ici que la circulaire ministérielle du 26 août 1914, *Journal Officiel* du 26, consacrant un accord intervenu entre le gouvernement et les Compagnies accordait aux assurés des facilités pour

tante insérée à l'article 5 du décret du 10 août : à condition, dit-il *in fine*, que ces contrats aient été conclus avant le 4 août 1914. Par suite, pour ceux passés après cette date le débiteur ne profite pas de l'avantage du moratorium. Dès lors la convention intervenue, postérieurement au 4 août, entre l'assureur et l'assuré pour la souscription d'un avenant, ne rentre-t-elle pas dans cette dernière catégorie, et ne prive-t-elle pas le débiteur du droit au moratorium ? Pour le savoir, voyons ce qu'est l'avenant.

* * *

Qu'est exactement l'avenant et que constitue-t-il au juste ?

Est-ce un contrat nouveau, indépendant de l'ancien, ayant une existence propre, et naissant lors de sa souscription, auquel cas la restriction de l'article 5 du décret du 10 août s'appliquerait et écarterait l'assuré du droit au moratorium ? Est-ce une convention accessoire au contrat d'assurance primitif, se rattachant à lui, n'ayant d'autre existence que la sienne et ne faisant qu'un avec lui, auquel cas la restriction précitée n'aurait pas de lieu en l'espèce ? — Les Compagnies d'assurance ont naturellement prétendu — c'est leur intérêt — que l'avenant constituait un contrat distinct. Ce serait un contrat soumis à une condition suspensive : que l'assuré paie la surprime. Condition essentielle à l'existence du contrat : il faut que l'assuré paie pour que celui-ci naisse : s'il ne le fait pas, l'assurance du risque de guerre ne vient pas

pourvoir au paiement de la surprime, sans être obligés de se démunir immédiatement de leurs fonds. La question ne se pose donc qu'à condition que l'assuré n'ait pas eu recours à l'un de ces moyens.

à la vie (1). Et le décret du 10 août 1914, art. 5, n'a pas pu le dispenser de ce paiement, car d'une part il ne vise que les conventions passées avant le 4 août 1914, et d'autre part il n'est relatif qu'à leurs clauses, et non à leurs conditions de constitution.

Sur quoi les Compagnies s'appuient-elles pour édifier ce système ? Est-ce ainsi que les choses se présentent en pratique ? Tout d'abord de quoi s'agit-il ? D'un avenant. C'est le nom que l'on s'accorde d'une façon générale à donner au pacte en question. Or qui dit avenant dit, en langage courant, suite à un contrat antérieur. Par le fait même que l'on emploie ce terme, on montre qu'on ne songe pas à un acte absolument indépendant et nouveau. De plus la clause, devenue de style dans les polices, déclare : « Si l'assuré est appelé à un service de guerre... l'assurance est suspendue de plein droit... à moins d'une convention spéciale et du paiement d'une surprime. » La réserve faite par ce dernier membre de phrase prouve que l'effet de la convention spéciale ne sera pas de créer une assurance nouvelle, mais bien de maintenir l'assurance en cours. D'ailleurs, dans quelque assurance que ce soit, l'avenant est toujours envisagé comme un acte modificatif du contrat antérieur et non comme une assurance nouvelle. Il a des objets divers. En matière d'assurance-incendie, il intervient en cas d'aggravation du risque assuré, et il peut avoir pour corollaire le paiement d'une surprime. En matière d'assurance-vie, il peut se proposer de transférer le bénéfice de la police d'une personne à une autre. En ces deux cas, l'avenant ne fait que modifier un des éléments de l'assurance préexistante ; il n'en fait pas naître une

(1) V. à ce sujet les prétentions des Compagnies mentionnées dans Epinal, 26 novembre 1915, *Journal des Ass.*, 1916, p. 63, et dans Bordeaux, 21 mars 1917, *Journal des Assurances*, 1917, p. 265.

autre. Pourquoi en serait-il autrement lorsqu'il a pour objet, dans une assurance-vie, de faire garantir par la Compagnie l'augmentation du risque provoquée par les circonstances ?

Rien donc, *à priori*, ne présente l'avenant comme un contrat soumis à une condition suspensive. Sans doute il est permis de considérer comme tel l'assurance proprement dite : en effet une clause de style dans les polices déclare la convention formée seulement quand l'assuré aura payé la première prime. Mais la clause qui subordonne la garantie du risque de guerre à la conclusion d'une convention particulière ne subordonne pas en même temps la naissance de celle-ci au paiement préalable de la surprime. Bien mieux, en certains cas, par exemple lorsque le contrat a au moins trois ans de durée, les compagnies n'exigent pas, en retour de la concession de l'avenant, le versement d'une surprime, et se contentent de garanties (1). Du reste, comme ce terme de surprime l'indique lui-même, il ne s'agit pas tant d'une nouvelle prime que d'un supplément à la prime antérieure, correspondant au supplément de charges accepté par la Compagnie. N'est-ce pas encore la preuve que, après la modification apportée par l'avenant, le contrat primitif continue ?

Au surplus quel est l'effet de l'avenant ? Substituer un second contrat au premier ? Non, au contraire, assurer la persistance de celui-ci, que la guerre était venue suspendre. C'est une convention qui a pour but d'empêcher le contrat de s'arrêter comme la police l'avait prévu ; elle lève l'obstacle que les circonstances mettent à la poursuite de son exé-

(1) V. en ce sens Trib. de Bordeaux, 21 mars 1917, *Journal des Assurances*, 1917, p. 265.

cution. Elle ne le remplace pas : et, hors le taux de la prime, ce sont les conditions fixées lors de la conclusion du premier pacte qui demeurent en vigueur. L'avenant n'est donc qu'une annexe (1).

D'ailleurs la façon dont les compagnies opèrent en cette occurrence, au point de vue matériel et administratif, révèle le caractère de l'avenant. En effet, elles lui donnent, outre son numéro propre, le numéro de la police. N'est-ce pas reconnaître qu'il s'adjoint à elle et n'a pas une existence autonome et libre ?

S'il en est de la sorte, si les faits montrent que l'avenant de guerre n'est pas un contrat distinct soumis à une condition suspensive, mais une convention additionnelle à un contrat antérieur et faisant corps avec lui dès qu'elle est signée, comment peut-on concevoir, en droit, le fonctionnement de cette institution ?

Reprenons la clause en question. Elle nous dit en substance : en cas de service de guerre, l'assurance sera de plein droit suspendue, à moins d'une convention spéciale et du paiement d'une surprime. Les termes mêmes de la police nous découvrent que la suspension,pour se produire de plein droit, ne se produit qu'à condition qu'il n'y ait pas de convention contraire signée. La suspension de l'assurance est ainsi subordonnée à la réalisation d'une condition : que l'assuré ne souscrive pas un avenant dans un délai déterminé. Il y a là une condition suspensive qui ne permet à l'interruption de jouer qu'à la fin du délai.C'est à ce moment seulement que la Compagnie est fixée sur les intentions de l'assuré, seul

(1) La Cour de cassation a reconnu dans un arrêt du 16 janvier 1888, S., 1888.1.121, que l'avenant laissait au contrat d'assurance son caractère primitif. — *Adde* WAHL, *Le Droit de la guerre*, t. IV, N° 2892, p. 115.

qualifié pour empêcher la suspension. Une fois celle-ci acquise, elle remonte au jour de l'entrée en campagne, par l'effet de la condition réalisée (art. 1179, C. Civ.). Si, au contraire, la condition ne se réalise pas, c'est-à-dire si l'assuré souscrit un avenant, la suspension n'a pas lieu : le contrat antérieur survit.

Donc, pour être une convention nouvelle, l'avenant ne constitue pas un contrat nouveau, puisque son résultat est de maintenir le précédent. C'est un pacte relatif à un régime juridique préexistant, et ayant pour but de modifier les conséquences directes de circonstances considérées par les parties, à raison des modifications qu'elles apportent dans la situation de chacune d'elles, comme une cause d'interruption provisoire de leurs engagements. Une fois conclu, ce pacte s'identifie avec le contrat auquel il se rapporte, fait corps avec lui, comme toute convention modificatrice d'un accord antérieurement établi (1).

***

Cette difficulté préalable résolue, qu'en résulte-t-il au point de vue de la question qui nous a amené à faire cette recherche, c'est-à-dire au point de vue du droit de l'assuré au bénéfice du moratorium pour le paiement de la surprime ? La réponse s'impose d'elle-même. Puisque, lorsqu'il signe l'avenant, l'assuré ne passe pas un nouveau contrat, il ne tombe pas sous le coup de la restriction portée à l'article 5 *in fine* du décret du 10 août 1914 : par suite il a droit au moratorium (2). En conséquence, aussi, le jour où il viendra

(1) V. en ce sens Trib. civ. de Bordeaux, 21 mars 1917, *Journ. des Ass.*, 1917, p. 265. V. aussi Trib. d'Epinal, 26 novembre 1915, *Journ. des Ass.*, 1916, p. 63.

(2) V. en ce sens Trib. de Bordeaux, 21 mars 1917 précité ; Trib. de

à décéder, sa femme pourra réclamer l'indemnité garantie par la police et l'avenant, nonobstant le non paiement régulier de la surprime. Cette abstention ne constitue pas une déchéance. Seulement, comme nous le verrons plus loin, la bénéficiaire de l'assurance devra, pour toucher, acquitter les surprimes en retard.

B. — Il n'y a pas Service de Guerre ni Entrée en Campagne

C'est là une hypothèse qui dans le système de la jurisprudence ne se présentera que rarement : selon elle tout individu effectuant un service dans une des formations de l'armée mobilisée remplit un service de guerre, et entre en campagne en rejoignant le corps auquel il est affecté. Elle ne se rencontrera guère que pour ceux que leurs fonctions font maintenir à leur poste tout en les plaçant sous la direction des autorités militaires, et pour ceux qui, à raison de leur métier, utile aux travaux de la Défense nationale, sont dispensés de se rendre à leur corps et mis en sursis d'appel.

Dans le système qui a nos préférences, au contraire, cette situation se retrouvera fréquemment, puisque pour nous seul le service exposant véritablement aux risques de guerre, ou tout au moins susceptible d'y exposer, mérite la qualification de service de guerre. Donc tous les militaires retenus loin de la zône des opérations et non destinés à y aller rentrent dans la catégorie qui nous occupe maintenant.

Lorsqu'il en est ainsi, les conditions prévues pour la suspension ne sont pas réunies, et la clause ne joue pas. Malgré la guerre et la mobilisation de l'assuré, le contrat continue et le couvre toujours comme par le passé. Si l'individu vient à

Gap, 6 février 1917, *Journ. des Ass.*, 1918, p. 25. WAHL, *Le Droit de la guerre*, t. IV, N° 2892, p. 115.

mourir, sa femme pourra faire valoir ses droits à l'indemnité.

Quoiqu'il en apparaisse cependant, tout ne se passe pas comme en temps de paix. Les dispositions que les événements ont fait introduire en faveur des débiteurs, ont leur répercussion ici. Le risque étant réalisé, l'assureur devient débiteur du bénéficiaire. En conséquence il profitera des mesures particulières qui sont venues proroger les échéances, et qu'ont consacrées l'article 2 de la loi du 5 août 1914 (1) et les articles 1 et 4 du décret du 10 (2). Mais accorder aux compagnies la faculté de ne pas payer l'indemnité durant toute la guerre était leur faire une concession par trop préjudiciable aux intérêts des bénéficiaires d'assurances. Sans doute, à raison des risques supplémentaires encourus et des perturbations de la vie économique, il était légitime de donner aux assureurs certaines facilités de paiement pour leur permettre d'éviter des décaissements élevés et susceptibles de compromettre l'équilibre de leurs opérations. Toutefois il était excessif de priver totalement et pour un temps indéterminé, des sommes qui leur étaient dues et dont ils pouvaient avoir besoin pour vivre, les bénéficiaires d'assurances. Un compromis intervint. Des décrets successifs, dont le premier remonte au 27 septembre 1914 (3) et dont le plus récent, à l'heure actuelle, date du 19 Novembre 1918 (4), fixèrent les sommes que les compagnies seraient provisoirement dispensées de payer. D'après le dernier texte en vigueur, les entreprises d'assurance sur la vie sont tenues de verser au bénéficiaire du contrat, lors de l'échéance,

(1) DALLOZ, *Guerre de* 1914, *Documents officiels*, t. I, p. 37.
(2) DALLOZ, *op.* et *loc. cit.*, p. 62.
(3) V. DALLOZ, *Guerre* 1914, *Documents officiels*, t. I, p. 171.
(4) V. *Journal Officiel* du 21.

50 0/0 du capital ou du rachat stipulé jusqu'à concurrence de 25.000 francs. Pour le surplus, elles ont droit au moratorium.

La femme de l'assuré ne pourra donc, en cas de réalisation du risque, réclamer à la Compagnie que moitié de l'indemnité prévue dans la police, sans que cela excédât 25.000 francs. Pour toucher le reste, il lui faudra attendre la cessation du régime des moratoires.

La question se poserait dans les mêmes termes et recevrait même réponse au cas où l'assuré, effectuant un service de guerre, aurait souscrit un avenant pour s'en couvrir et viendrait ensuite à décéder.

Ainsi dans l'une et l'autre occurrence, la femme voit s'ouvrir à son profit, par la mort de son mari, le droit complet à l'indemnité, mais elle ne peut en obtenir en ce moment l'acquit que pour une part.

Le paiement de cette part constitue pour la Compagnie, dans une certaine mesure, l'exécution de son obligation. Or l'assuré n'aura probablement pas rempli la sienne, puisque les décrets moratoires lui ont accordé temporairement le droit de ne pas payer ses primes (décret du 10 août 1914, art. 5, confirmé par des dispositions spéciales postérieures dont le décret du 23 février 1917, article 1 *in fine*, et article 2, 3e al., qui s'explique expressément sur ce cas et consacre le droit de l'assuré, en levant les difficultés qu'avait fait naître le silence des textes antérieurs — et le décret du 28 août 1917, *iisdem locis* (1)). Son ayant-droit pourra-t-il réclamer de

(1) V. Pour le décret du 10 août 1914 : DALLOZ, *Guerre* 1914, t. I, p. 62. Pour celui du 23 février 1917 : DALL., t. XVII, p. 32. Pour celui du 28 août 1917 : DALLOZ, t. XIX, p. 481. Les décrets postérieurs en la matière, notamment celui du 19 novembre 1918 (*Journ. Off.* du 21) ont reproduit ces mesures. — [*Durant l'impression de ce travail, un nouveau décret est intervenu le 23 janvier 1919 (Journ. Off. du 24) lequel, tout en maintenant les dispositions antérieures relatives au paie-*

l'assureur-débiteur l'exécution de son contrat alors que son auteur s'est abstenu de satisfaire au sien ?

A première vue il semblerait que non. Dans une convention synallagmatique l'obligation de l'une des parties est la cause de l'obligation de l'autre, en sorte que si l'une ne remplit pas son engagement, elle ne peut forcer l'autre à remplir le sien (*exceptio non adimpleti contractus*). On serait donc tenté de dire que si l'assuré a usé du bénéfice du moratorium et n'a pas payé régulièrement ses primes et surprimes, son ayant-droit ne pourra réclamer le paiement de la portion non moratoriée de l'indemnité tant que le régime des moratoires subsistera, c'est-à-dire tant que la guerre durera. On l'a dit en effet (1). En renonçant à payer ses primes durant la guerre, il serait censé avoir renoncé en retour à réclamer pendant le même temps l'indemnité qui viendrait à naître à son profit. Cela paraît même équitable. Tant qu'aucun risque ne l'aurait atteint, l'assuré ne paierait pas ses primes, et le jour où il serait frappé, il réclamerait l'indemnité. En vérité ce serait trop commode.

Cependant cette équité ne serait qu'une apparence. Tout d'abord il ne faut pas oublier que si l'assuré peut recourir aux moratoires, l'assureur a, dans une certaine mesure aussi, pareil droit : il n'est tenu, nous l'avons vu, en cas de réalisation du risque, que de la moitié de l'indemnité stipulée. Cela rétablit déjà un peu l'équilibre. D'autre part payer régulièrement les primes, ou les surprimes en cas d'avenant, serait souvent pour l'assuré une obligation beaucoup plus difficile à réaliser que ne l'est pour la Compagnie l'acquit d'une portion

ment de l'indemnité par l'assureur, détermine cette fois les conditions dans lesquelles l'assuré acquittera les primes échues pendant la période durant laquelle il est resté couvert des risques (V. Art. 2).]

(1) V. *Lois Nouvelles*, 1917, sous Décret 23 février 1917, 3e partie, p. 156.

de l'indemnité : ce serait parfois pour lui une charge impossible à remplir. Les Compagnies elles-mêmes l'ont si bien compris qu'en cas de souscription d'un avenant, elles ont donné à l'assuré la faculté de remplacer le paiement de la surprime par la fourniture de garanties équivalentes (1), notamment par l'autorisation d'un prélèvement fait, sous forme de prêt, par les compagnies sur la valeur du contrat, ou par la présentation d'une caution solvable. N'est-ce pas là reconnaître que le paiement régulier des primes et surprimes n'est pas indispensable pour que l'assuré jouisse du bénéfice du contrat ? Enfin l'assuré qui invoque le moratorium ne se décharge pas de lui-même de l'exécution d'une obligation : il met seulement en œuvre une faculté de prorogation que la loi lui a concédée : il use du terme qu'on lui offre. Si cela doit avoir pour lui des inconvénients de ce genre, le législateur n'a pas abouti dans son projet de le protéger. Son intention était pourtant nette à cet égard. La Circulaire Ministérielle du 12 août 1914 la révèle (2). Elle déclare expressément que l'article 5 du décret du 10 août qui suspend les clauses des contrats stipulant une déchéance en cas d'inexécution dans un délai ou à une date préfixe, a été pris en faveur du débiteur, et *notamment* en faveur du débiteur par contrat d'assurance. Or ne serait-ce pas lui imposer une déchéance en quelque chose que de l'empêcher de toucher, pendant les années que durera la guerre, l'indemnité à laquelle il a droit ?

Sans doute dira-t-on, l'assureur est débiteur lui aussi et profite par conséquent des mêmes dispositions. Mais précisément, pourlat lui, le légiseur est intervenu de façon parti-

(1) V. Circulaire ministérielle, 26 août 1914, IV, DALLOZ, *Guerre* 1914, t. I, p. 119.

(2) V. DALLOZ, *Guerre* 1914, *Documents officiels*, t. I, p. 71.

culière : il ne lui a reconnu le moratorium que pour une portion de sa dette. Il entendait donc que pour le surplus il la remplisse. Cela est d'autant plus frappant qu'il envisage la situation des deux parties dans le même texte (décret du 27 septembre 1914, art. 2 et 6 § 2, confirmé par le décret du 23 février 1917, art. 1 § 1 et *in fine* (1)) et qu'il la règle de manière différente. Pour l'assuré il proroge l'échéance dans sa totalité : pour l'assureur il ne la proroge que pour moitié. Cette opposition semble bien montrer qu'il a voulu faire aux deux contractants des conditions distinctes. Il y a mieux encore. Le législateur établit une autre opposition, et plus forte que la précédente. Il décide que dans l'assurance contre l'incendie et tous autres risques, l'assureur ne sera tenu de payer qu'une certaine quotité de l'indemnité qu'il fixe, et il ajoute : à condition que le montant de la prime ait été versé conformément aux prescriptions du contrat. En même temps et par un silence significatif, il exclut de ce régime les assurances contre les accidents du travail et les assurances sur la vie (décret du 27 septembre 1914, art. 2, 3, 4). Ne déclare-t-il pas parlà que dans celles-ci l'indemnité sera due sans que la prime ait été payée ? Tout au moins le laisse-t-il entendre dans ce texte. Dans un autre il vient le dire en termes exprès. Le décret postérieur du 23 février 1917, art. 2, visant spécialement la matière des assurances sur la vie, stipule, en effet, que pour les assurés présents sous les drapeaux « le recouvrement de leurs primes échues au cours de la période pendant laquelle ils sont restés couverts de leur risque, se fera dans des conditions qui seront déterminées après les hostilités. » Et cela est confirmé par le décret du 28 août 1917, art. 2. N'est-ce pas manifester une fois encore

(1) V. pour le 1er, DAL., *op. loc. cit.*, p. 171 ; pour le 2e *Lois Nouvelles*, 1917, 3e part., p. 156.

que l'assuré mobilisé conserve l'avantage du moratorium et a la faculté de ne pas payer actuellement ses primes, nonobstant l'obligation imposée à l'assureur de continuer dans une certaine mesure le service du contrat (art. 1) (1) ?

Telle est la conclusion à laquelle la logique, l'équité bien entendue et l'examen des textes nous amènent : la femme de l'assuré pourra demander versement immédiat de la portion d'indemnité à laquelle les moratoires lui donnent droit, malgré le non paiement régulier des primes par son mari. Mais comme celles-ci, bien que prorogées, n'en restent pas moins dues, elle n'obtiendra naturellement la somme prévue que déduction faite du montant des primes non payées et de leurs intérêts. C'est le résultat pratique que consacre la jurisprudence (2).

CONCLUSION

Nous avons essayé de dégager la situation que dans le contrat d'assurance-vie passé par le mari au profit de sa compagne, la guerre a faite à celle-ci. Situation défavorable au premier chef, décevante pour la femme, injuste aussi. Par suite de la clause de suspension aux termes imprécis, et de l'interprétation excessive qu'en a donnée la jurisprudence, l'acte de prévoyance de l'époux sera souvent réduit à néant.

(1) V. en ce sens, WAHL, *Le Droit de la guerre*, t. IV, N° 2854, p. 89. — (Les conditions de recouvrement des primes ont été récemment fixées par le décret du 23 janvier 1919, Art. 2 (*Journ. Off.* du 24).)

(2) V. notamment Trib. d'Epinal, 26 novembre 1915, *Journ. des Assur.*, 1916, p. 63 ; Trib. Bordeaux, 21 marss 1917, *J. des Ass.*, 1917, p. 265 ; Trib. de Gap, 6 février 1915, *Journal des Assurances*, 1918, p. 25.

En accomplissant son devoir envers son pays, le mari consommera lui-même la ruine des espoirs qu'il avait conçus pour l'alliée de sa vie. Il avait voulu lui garantir l'existence, et il avait fait sacrifice pour y parvenir. Il avait voulu, au jour où il la laisserait seule, ne pas la laisser dépourvue. Son dessein aura été vain. En quittant la vie, il lui abandonnera une veuve sans protection comme sans fortune. Le pécule qu'il a cru constituer à sa compagne lui échappera, et la plupart du temps sans qu'il ait pu empêcher en rien cette rigoureuse destinée : maintes fois il n'aura pas connu cette clause inexorable, enfouie insidieusement parmi les multiples autres que dans son écriture aussi fine que rébarbative la police recèle. Peu importe d'ailleurs : qu'il ait été averti ou non, le résultat est le même ; il est victime de la guerre et son épouse pareillement. Ne mérite-t-il aucune protection ?

Non, ont répondu certains. Il a su ou du moins il a signé : le contrat fait la loi des parties. *Dura lex sed lex.* C'est un soldat, ont objecté d'autres, et puisque c'est le service de la patrie qui lui porte préjudice, celle-ci lui doit une aide.

Les uns ont voulu que cette assistance fut directe. C'est ainsi qu'à la suite d'une proposition de loi déposée à la Chambre des députés par M. Nadi (1) et d'un rapport subséquent de M. Giordan (2), on a essayé d'éclaircir cette clause de suspension : on ne tiendrait pour mobilisés que les assurés appelés aux Armées soit comme combattants, soit dans les services auxiliaires ou de l'arrière, et cela à partir de la Mobilisation générale ou de leur incorporation (art. 1 et 3 de la contre proposition). Cette nouvelle formule ne serait guère plus explicite que celle fournie par les polices. Elle se rap-

(1) V. *Journ. Off.*, 1916, *Doc. parl.*, Chambre, p. 149.
(2) V. *Journ. Off.*, 1916, *Doc. parl.*, Chambre, p. 870.

procherait de la solution adoptée par une certaine décision de jurisprudence que nous avons relatée par ailleurs. Nous n'y revenons pas. Remarquons seulement que c'est l'intransigeance de la jurisprudence qui a fait éclore cette initiative, et que la protection recherchée par elle peut être accordée sans réforme législative, par une interprétation équitable et inspirée des besoins de la pratique.

D'autres ont cru préférable de généraliser la question, et, laissant ce problème juridique de côté, d'organiser une assurance mutuelle collective englobant l'Armée tout entière, la faisant supporter partie par les intéressés, partie par l'État, et fournissant aux ayants-droit des mobilisés décédés un petit fonds de secours. C'est l'objet de la proposition de loi présentée par M. Lairolle (1). Son principe est étranger à la question que nous avons examinée ici. Aussi nous nous contenterons de la signaler.

(1) V. *Journ. Off., Doc. parl.*, Chambre, N° 4271, et Rapport de l'auteur, N° 4326.

TITRE II

LES PROCÈS

> Chacun a la mission et l'obligation d'écraser partout où elle se dresse, la tête de cette hydre qu'on appelle l'arbitraire et l'illégalité.
>
> IHERING, *La Lutte pour le Droit*, p. 60.

GÉNÉRALITÉS

L'incapacité qui pèse sur la femme mariée est générale : elle s'applique aux contrats, nous venons de le voir; elle s'applique aussi aux procès. L'article 215 du Code Civil nous le dit : la femme ne peut ester en jugement. Et ici encore l'épouse ne saurait, en principe, être relevée de cette inaptitude que par le concours de son mari, concours donné toujours par une autorisation. Seulement, alors que pour les actes juridiques ce concours doit être fourni sous la forme d'un consentement écrit ou d'une participation à l'opération, pour les procès, au contraire, il n'est soumis à aucune forme déterminée. L'article 215 ne portant nulle prescription à cet égard, à la différence de l'article 217, on en conclut que l'autorisation d'ester en justice peut être verbale et même tacite (1). Spécialement cette dernière résultera de ce que

(1) V. en ce sens Cass., 18 juil. 1904, D. 1905.5.24.

l'instance étant dirigée contre lui, le mari s'est défendu au fond (1).

Au point de vue de la forme de l'autorisation, la loi se montre donc moins exigeante pour les procès que pour les contrats. A un autre point de vue, elle est aussi rigoureuse pour les uns que pour les autres : la femme a en effet besoin de cette autorisation quel que soit son rôle dans l'affaire, demanderesse ou défenderesse. A un troisième point de vue enfin, elle est plus impérative ici qu'ailleurs : l'épouse ne peut jamais plaider sans l'assistance de son mari, quel que soit l'acte en jeu, même si c'est un acte qu'à raison de son régime matrimonial elle a capacité de faire seule : par exemple un acte d'administration pour celle qui a adopté la Séparation de biens, — ou même si elle est commerçante et a en conséquence faculté de faire seule tous les actes relatifs à son négoce (art. 215 C. Civil). Mieux encore. La plupart du temps l'épouse n'aura pas possibilité d'agir en personne, et sera représentée par son conjoint, procédant en son nom propre. Il en sera de la sorte dans toutes les hypothèses où l'action est relative à des biens de la femme dont le mari a l'administration et la jouissance. Ce sera le cas de l'épouse sous le régime de Communauté (art. 1421-1428, C. Civ.) ou exclusif de Communauté (art. 1530), sauf pour ses actions pétitoires immobilières que son conjoint ne peut intenter sans son concours (art. 1428), et sous le régime dotal (art. 1549), sauf pour les instances concernant ses paraphernaux, lesquelles elle engage elle-même (art. 1576).

Le Code a ainsi instauré en matière judiciaire un régime sévère, soumettant complètement la femme à la tutelle de son mari. Tutelle qui, toutefois, n'est pas d'une souveraineté

(1) V. en ce sens Paris, 16 déc. 1914, *Gaz. Trib.*, 19 nov. 1915.

absolue, et ne pouvait l'être. La nécessité de respecter la liberté individuelle de l'épouse et sa personnalité ont obligé le législateur à décider qu'au cas où le mari refuserait d'autoriser sa femme, le juge pourrait le faire à sa place. L'article 218 institue cette habilitation judiciaire.

D'autre part des motifs d'ordre public et de défense sociale ont conduit les rédacteurs du Code à apporter une exception à la règle de l'autorisation au cas où la femme est l'objet de poursuites criminelles, correctionnelles ou de police. En cette occurrence, point n'est besoin d'habilitation de son mari pour agir contre elle. Il ne fallait pas que ce dernier pût, par sa mauvaise volonté, suspendre le cours de la justice répressive (art. 216 Code Civil). Et la même solution est admise, c'est-à-dire l'autorisation ne joue pas, lorsque la femme est l'objet, devant cette juridiction, d'une poursuite civile de la part du tiers lésé, tout au moins quand celui-ci intervient incidemment à l'action du Ministère Public (1) — même pour certains quand il intervient directement et séparément (2). En ce cas on agit contre l'épouse sans mettre en cause le mari. Il en serait autrement, certes, si l'action civile était portée devant les tribunaux civils.

Ce sont au contraire des raisons de protection individuelle et d'émancipation de la femme qui ont inspiré les législateurs postérieurs au Code dans les deux nouvelles brèches qu'ils ont faites au principe traditionnel. L'une résulte de la loi du 13 juillet 1907, et l'autre de celle du 12 juillet 1909.

La loi du 13 juillet 1907 contient deux séries de dispositions. Les unes permettent à la femme d'ester en justice sans aucune autorisation dans toutes les contestations relatives

(1) V. en ce sens Seine, 10 nov. 1915, *Gaz. des Trib.*, 22 juil. 1916.
(2) V. en ce sens Seine, 28 mars 1916, *Gaz. des Trib.*, 26 mai 1916.

aux droits qui lui sont reconnus par la loi sur les produits de son travail, droits de toucher ses salaires, de les employer à son gré, et de disposer des biens acquis avec eux (art. 6). Ce texte consacre la pleine capacité de l'épouse à plaider dans les affaires concernant son travail. C'est un des points sur lesquels la situation de la femme qui possède des biens réservés dépasse celle de la femme séparée de biens ; celle-ci, nous l'avons vu, bien qu'ayant l'administration de ses biens, ne peut pas plaider sans autorisation sur les questions concernant cette administration. D'un autre côté, la loi de 1907 englobant dans ses termes généraux la femme commerçante, celle-ci aura capacité pour plaider seule dans toutes les questions relatives aux droits qui lui sont reconnus par le texte, c'est-à-dire à l'acquisition, à l'emploi, à l'aliénation de ses bénéfices et des biens qui en proviennent (1).

(1) Cf. Colin et Capitant, t. I, p. 624, qui parlent des difficultés inhérentes aux gains déjà retirés de ces opérations commerciales. Dérogation grave à l'art. 215 sans doute ; mais dérogation qu'il n'est pas hasardeux d'admettre. La logique l'impose d'abord ; si on applique à la femme commerçante le régime de la loi de 1907, il faut le lui appliquer en entier ; on ne peut lui étendre certaines dispositions et la priver d'autres. Cette distinction est plausible, pourrait-on objecter, puisqu'il y a un texte formel qui s'oppose à l'extension complète. Non, l'art. 215 ne saurait avoir ce pouvoir. En effet, il dit que la femme, même marchande publique ou séparée de biens, ne peut ester en justice sans autorisation. Or, l'art. 1 de la loi de 1907 vient nous déclarer que la femme qui exerce une profession séparée a sur les produits de son travail les droits de la femme séparée de biens ; puis, précisant la question au point de vue de l'intervention en justice, l'article 6 décide que la femme n'aura pas besoin d'autorisation pour plaider. N'est-ce pas là dépasser les droits que le Code reconnaît à la femme séparée de biens ; n'est-ce pas là une dérogation formelle à l'art. 215 ? Dès lors, si pour celle qui a des biens réservés les droits de la femme séparée ordinaire sont accrus malgré l'assimilation générale que fait le texte, les droits de la femme commerçante qui était mise en parallèle avec cette dernière par le Code, doivent aussi être augmentés. En d'autres termes, bénéficiant de la loi de 1907, et celle-ci dérogeant à l'art. 215, la femme commerçante doit profiter de cette dérogation.

Les autres dispositions permettront à l'épouse, ainsi que nous l'avons indiqué antérieurement, de saisir-arrêter partie des salaires ou produits du travail de son mari en proportion de ses besoins, et de défendre à l'action que le mari intenterait contre elle de ce chef — le tout sans aucune habilitation maritale. Il lui faut, il est vrai, l'autorisation du juge de paix, mais le mari en a besoin également.

Somme toute la loi de 1907 reconnaît à la femme mariée un large pouvoir d'intervention judiciaire : dans tout ce qui concerne sa profession et la contribution des époux aux charges du ménage, elle agira seule, sans aucune autorisation. Quelle innovation sur le régime traditionnel ! (1)

Quant à la loi du 12 juillet 1909, elle est animée du même esprit : elle reconnaît à la femme qui a constitué un bien de famille insaisissable, la faculté d'ester en justice sans aucune autorisation pour poursuivre l'exercice des droits que le texte lui confère (art. 16, al. 3).

Notons enfin que la femme peut former seule une demande en divorce contre son mari et défendre de même à celle qu'il intente contre elle. Mais pour les demandes en séparation de corps ou de biens il lui faut l'autorisation du président du Tribunal (art. 865 et 878, C. Procédure Civile).

Telle est la situation que le droit commun fait à la femme.

(1) Innovation d'autant plus heureuse que l'incapacité judiciaire de la femme a toujours été plus forte que son incapacité contractuelle (nous en avons vu des exemples pour la femme séparée de biens ou commerçante). La condition de la femme qui a des biens réservés se rapproche ainsi de celle de la femme séparée de corps à qui la loi de 1893 a rendu le plein exercice de sa capacité. Mais cette réforme aboutit à détruire un peu plus encore l'harmonie du système et à augmenter la confusion. Tantôt la femme agissant en justice a besoin d'une autorisation, tantôt il ne lui en faut pas. La loi de 1907 marque un nouveau pas en avant dans la voie de l'émancipation de la femme ; mais elle appelle une suite et une refonte générale de l'institution.

Ce sera donc d'après ces règles que, la guerre venue, se déterminera la capacité judiciaire de l'épouse. En principe le régime fondamental continuera à fonctionner : la guerre n'atteint pas par elle-même la femme, et ne modifie en rien la condition que la législation lui assure. Ce n'est pas à dire pourtant que la femme ne doive nullement subir le contre-coup des événements. Nous avons vu précédemment que sa situation dans la famille se ressentait des circonstances, et que sa faculté de contracter était entravée par elles. Son intervention en justice rencontrera de semblables obstacles, parce que dans un cas comme dans l'autre la cause initiale des difficultés sera la même : la mobilisation de son mari. De sorte que si la situation de droit de l'épouse demeure telle qu'elle était auparavant, sa situation de fait peut être grandement changée. Et les transformations de fait auront fatalement des répercussions en droit. D'autre part la mobilisation du mari a fait prendre en sa faveur des mesures de protection juridique qui constitueront pour la femme décidée à agir contre lui de nouveaux empêchements.

Ainsi, la femme mariée voulant intervenir en justice, soit contre un tiers, soit contre son mari mobilisé, rencontrera sur son chemin des entraves de deux ordres : les unes de fait, les autres de droit. Pour les premières, l'interprète et le législateur devaient tout naturellement s'efforcer de les lever et d'apporter les remèdes convenables ; pour les secondes, on devait s'ingénier à les écarter ou à les tourner. Ce sont ces deux sortes de difficultés, avec les solutions législatives et jurisprudentielles qu'elles ont engendrées, que nous nous proposons d'examiner en deux chapitres différents.

CHAPITRE PREMIER

OBSTACLES DE FAIT A L'INTERVENTION DE LA FEMME EN JUSTICE

Ces obstacles se résument d'un mot : la Mobilisation qui enlève le mari à sa femme et l'en éloigne rendra gênante pour celle-ci l'obtention de l'autorisation qui lui est nécessaire pour plaider.

Poser ce principe, c'est dire tout de suite qu'aucune entrave particulière ne contrariera l'initiative de la femme dans les cas où elle n'a pas besoin d'habilitation pour ester en justice. Aussi, pour tout ce qui concerne ses salaires et le produit de son travail, elle pourra agir comme en temps normal. La loi du 13 juillet 1907 révèlera ici toute son importance pratique et tout son avantage pour l'épouse. Malgré l'absence de son mari, celle-ci aura librement accès au prétoire pour ces affaires là, alors que pour toutes autres elle se trouvera arrêtée. La guerre doublera ainsi pour la maîtresse de ménage la valeur de ce texte : non seulement elle lui laisse la faculté d'en jouir, mais elle lui assure par là même un régime de faveur au regard des autres droits qu'elle pourrait avoir à mettre en œuvre, et au regard des autres femmes. Si l'on se souvient d'une part que cette loi de 1907 englobe dans

ses dispositions la femme commerçante, tout au moins dans la limite que nous avons précédemment fixée, et de l'autre que, depuis les hostilités, le nombre des femmes travailleuses s'est considérablement accru, on se rend aisément compte que son domaine s'est développé de la plus large façon. Il est vrai cependant que les textes intervenus depuis la guerre pour suspendre les poursuites judiciaires, entraveront l'action de la femme, et rétréciront l'empire de la loi de 1907 que d'un autre côté les circonstances étendaient.

Hors de ces cas, l'épouse ayant besoin de l'autorisation de son mari pour plaider, la mobilisation de ce dernier va la placer dans une situation gênante. L'éloignement de son conjoint, la difficulté de communiquer avec lui, la lenteur de la correspondance, risquent de mettre la femme dans l'impossibilité d'obtenir l'habilitation nécessaire, ou tout au moins de l'obtenir à temps. Les circonstances menacent de la réduire à l'impuissance et de lui porter un préjudice qui peut être grave. Pour y parer, ne trouvera-t-elle aucun secours dans le droit commun ?

Dans quelle situation, en somme, son mari est-il ? Il est absent ou mieux non présent. Or l'article 222 du Code Civil nous indique que si le mari est absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme. Comment faut-il entendre le mot absent ? Est-il employé dans son sens technique et ne prévoit-il que l'absence proprement dite, ou est-il pris dans une acception plus large et concerne-t-il en même temps la non présence ? Nous voyons ainsi se poser une question que nous avons déjà rencontrée précédemment, à propos des contrats et de l'habilitation de la femme à les conclure. Nous ne reprendrons pas ici une discussion qui se présente dans les mêmes termes et qu'il est pour cette raison inutile de répéter. Disons seulement, conformément à l'opi-

nion soutenue par nous jadis, que l'article 222 nous semble pouvoir embrasser l'hypothèse de la non présence, et qu'en conséquence le droit commun suffisait pour remédier à l'embarras de l'épouse : en se fondant sur cet article 222, elle aurait pu solliciter et obtenir l'autorisation du juge.

Mais telle n'étant pas la thèse dominante en pratique, et étant donné les précédents de la guerre de 1870, le législateur a cru bon, en ces circonstances particulières, d'intervenir. Il l'a fait, comme pour les contrats, par la loi du 3 juillet 1915. Les conditions d'application de ce texte sont les mêmes dans les deux occurrences : nous les avons exposées antérieurement.

Il faut que la femme soit dans l'impossibilité, par suite de la guerre, d'obtenir l'autorisation de son mari. Cela peut se produire au cas de mobilisation, pas nécessairement cependant, car on conçoit que les communications subsistent entre les époux. Cela peut se produire aussi dans des cas différents : par exemple si le mari est retenu à l'étranger, ou dans les pays envahis, ou interné en pays ennemi. Cela peut se produire encore dans le cas où le mari, soldat, est disparu au cours des combats et où son existence est devenue incertaine.

Il faut que l'intervention de la femme en justice ait un caractère d'urgence certain.

Il faut enfin que le juge ait constaté l'existence des deux premiers éléments.

C'est à ces conditions seulement que la femme pourra obtenir l'habilitation sollicitée, le magistrat demeurant toujours maître de la lui accorder ou non selon les circonstances de la cause (1).

Cette loi, dont la fin de la guerre marquera le terme, ne

(1) V. *Revue. Trim. Droit civil*, 1915, p. 663.

fonctionne que dans l'hypothèse où c'est la femme qui prend l'initiative du procès, où elle est demanderesse. Elle ne joue pas au contraire si c'est elle qui est attaquée, si elle est défenderesse. En effet, pour agir contre une femme mariée, il faut, en fait, lier le mari à la procédure et le mettre en cause à fin d'autorisation. Or une loi du 5 août 1914, que nous aurons l'occasion d'examiner bientôt, a décidé qu'aucune instance ne pourrait être engagée ni suivie contre un citoyen mobilisé (art. 4). Le mobilisé ne peut être appelé en justice. La loi ne fait aucune distinction ; elle est absolue : que le militaire soit cité comme partie principale, ou comme partie accessoire, peu importe, il est couvert par ce texte et a le droit de refuser l'instance (1).

(1) V. en ce sens Paris, 12 avril 1915, *Gaz. du Pal.*, 9 oct. 1916, PHILY, 1915, 1, N° 1126 ; Trib. de paix, Paris, 9e arr., 4 oct. 1915, *Rec. Proc. civ.*, 1916, p. 51, *Lois Nouvelles*, 1916.2.30 ; Trib. Rouen, 24 juillet 1916, *Gaz. des Trib.*, 8 février 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.33. En sens contraire, refusant au mari le droit d'invoquer en ce cas l'exception de mobilisation, Trib. de Tunis, 5 mars 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.112.— *Adde* JAPIOT, *Traité théo. et prat. du Droit procéd. de la guerre*, N° 268, note 3. M. Japiot dit que la loi du 5 août 1914 n'a voulu protéger le mobilisé que contre les instances qui le visent peut-être accessoirement, mais au moins personnellement, et qu'il n'y a pas instance dirigée contre le mari, même accessoirement, lorsque sa mise en cause ne tend qu'à permettre d'obtenir certaines conséquences contre la femme et non contre lui. La question est là précisément : les conséquences obtenues contre la femme avec le concours du mari ne rejailliront-elles pas sur celui-ci ? Or il en est ainsi, puisque toute dette de la femme passée avec l'autorisation de son conjoint oblige celui-ci (Art. 1409-2°). L'instance a donc bien un caractère accessoire pour le mari. Par suite elle l'intéresse et il doit pouvoir invoquer l'exception de la loi du 5 août 1914. D'ailleurs les motifs de tranquillité et de paix sociale qui ont fait octroyer ce moyen au mari conservent toute leur valeur lorsque l'instance est dirigée contre la femme. L'époux sera aussi inquiété d'un procès engagé contre sa compagne que contre lui-même.

Sans doute cela peut imposer au demandeur un sursis grave (V. JAPIOT, *Rev. Droit civil*, 1917, p. 217). Mais, en cas contraire, le souci du mari peut ne pas l'être moins. Sans doute encore, comme le soutient le

Telle est la mesure que les circonstances ont fait prendre pour lever l'obstacle de fait qui risquait d'interdire à la femme toute action en justice. Momentanément, et nonobstant l'empêchement de son mari, elle pourra quand même plaider lorsque ses intérêts l'exigeront. C'est là une situation qui n'est pas spéciale à la guerre et que l'existence est susceptible de ramener à d'autres époques, même les moins bouleversées ; aussi il est regrettable que cette disposition soit simplement temporaire et que le retour de la paix, lequel devrait être un progrès, replacera la femme dans une position moins avantageuse.

Tribunal de Tunis, la solution opposée ne nuit point à l'époux, puisque ses intérêts personnels ne seraient pas compromis par une condamnation de sa femme autorisée par justice, même s'il y a communauté entre eux. Seulement ce n'est pas de cela qu'il s'agit. Ce que l'on recherche, c'est de savoir si le mari qui ne peut être contraint à une instance principale, peut l'être à une instance accessoire, en tant que tuteur de sa femme ? Précisément, conçoit-on qu'un individu, curateur d'un mineur émancipé, soit appelé au prétoire, à titre accessoire également, pour assister son pupille (Art. 482) ? La réponse ne fait pas de doute. Il doit en être de même dès lors pour le mari : la logique, le but de la loi, l'utilité sociale protectrice de la famille le veulent ainsi. Aussi bien il est curieux de voir les interprètes, qui refusent d'ordinaire à la justice le droit d'habiliter la femme en cas de non présence de son mari, le lui accorder ici, alors surtout que, malgré son éloignement, l'époux n'est pas dans l'impossibilité absolue de fournir son consentement. V. dans le sens de notre opinion, WAHL, *Le Droit civil et commercial de la guerre*, t. I, N° 365, p. 353-354.

Mais si le mari à l'exception de mobilisation pour repousser l'action intentée contre lui à fin d'autorisation, la femme elle-même ne saurait invoquer ce moyen : celui-ci est personnel au mobilisé. Cf. WAHL, *op. cit.*, t. II, N° 1121, p. 114, et N° 1148-1, p. 172. En conséquence, au cas où elle peut être poursuivie sans autorisation, l'épouse n'a pas la possibilité d'échapper à l'action en soulevant cet incident.

CHAPITRE II

OBSTACLES DE DROIT A L'INTERVENTION DE LA FEMME EN JUSTICE

I. Principe : Interdiction d'appeler le mobilisé en justice

La femme voulant agir en justice pendant la guerre se heurtera tout d'abord à la réglementation particulière que le législateur a cru bon d'édicter pour réduire durant les hostilités les conflits judiciaires au minimum. Chacun pouvant en ces périodes troublées éprouver des difficultés exceptionnelles pour exécuter ses obligations et faire valoir son droit, on a estimé équitable de ne pas le laisser exposé à la libre poursuite de son créancier et de lui assurer une protection préalable. On a voulu également éviter, en ces moments d'anormale gravité, la multiplicité des procès et des chicanes judiciaires, préjudiciable au bon ordre public et à la paix sociale.

Ces mesures se résument en une défense d'entamer aucune procédure sans avoir obtenu l'autorisation du président du Tribunal compétent. (Loi du 5 août 1914, art. 2. Décret du 10, art. 3. Décret du 15 décembre 1914, art. 2. Décret du 11 mai 1915, art. 1.)

La femme qui intenterait une action se verrait tout naturellement arrêtée par cette prohibition comme tout autre

justiciable. Aussi n'est-ce point cette réglementation là que nous proposons d'examiner ici.

Mais, à côté de cette disposition d'ordre général, il en est une autre d'un caractère plus spécial et dont le domaine est plus étroit : en même temps elle est plus impérative. C'est celle qui concerne les mobilisés et interdit l'introduction ou la continuation de toute instance à leur encontre. A ce sujet, la loi du 5 août 1914 dit dans son article 4 : « Dans les circonstances prévues à l'article 2 (c'est-à-dire pendant la durée de la Mobilisation et jusqu'à la cessation des hostilités), aucune instance, sauf l'exercice de l'action publique par le Ministère Public, ne pourra être engagée ou poursuivie, aucun acte d'exécution ne pourra être accompli contre les citoyens présents sous les drapeaux. »

Ici encore ce sont des motifs d'équité et d'ordre public qui ont dicté cette solution. Il faut que les citoyens appelés par la nation au service des Armées ne souffrent en rien de cette absence forcée et ne se voient pas, durant son cours, inquiétés par des poursuites judiciaires susceptibles de compromettre leurs intérêts, et contre lesquelles ils ne pourraient se défendre utilement. Il faut qu'ils puissent se consacrer en entier à la tâche qui leur a été confiée, sans qu'aucune préoccupation ne vienne les en distraire, sans qu'aucun préjudice n'en résulte pour eux. L'État qui les a pris à leurs affaires, leur doit en retour la sauvegarde de leur patrimoine (1).

D'après les termes mêmes de l'article 4, le mobilisé n'est pas absolument à l'abri de toute poursuite. L'exercice de l'action publique par le Ministère Public reste permis contre lui. C'est une restriction qu'il était indispensable de faire.

(1) V. WAHL, *op. cit.*, t. II, N° 1119, p. 111. C'est une faveur, en récompense des services rendus, dit cet auteur.

On se propose de protéger le mobilisé contre les poursuites arbitraires d'un créancier, et de le défendre contre les conséquences fâcheuses que pourrait avoir son éloignement ; on n'entend nullement le mettre au-dessus des lois d'ordre public, dont le respect intéresse l'ensemble de la société ; les obligations que celles-là imposent, il doit les exécuter comme par le passé ; sa condition actuelle ne l'en décharge pas. Le simple bon sens exige qu'il en soit ainsi.

D'autre part le régime de faveur instauré par cet article 4 ne profite pas, ou plutôt ne devrait pas profiter, à tous les individus susceptibles d'invoquer le nom de mobilisé. C'est là un système qui, par cela même qu'il est exceptionnel et dérogatoire au droit commun — il apporte une grave limitation à la liberté des poursuites — doit être interprété restrictivement : seuls ceux qui, comme dit le texte, sont présents sous les drapeaux, c'est-à-dire présents à leur corps, devraient en bénéficier. Mais, comme nous l'avons exposé par ailleurs, c'est un point qui n'est pas nettement dégagé. On a une tendance à confondre les deux expressions de présents sous les drapeaux et de mobilisés, et à accorder à tous les seconds les avantages organisés seulement pour les premiers (1).

(1) V. p. 12 et suiv. M. Wahl accorde le moratoire à tous les mobilisés, même à ceux qui sont restés dans leurs fonctions, ou à la tête de leur industrie, ou dans leur résidence. V. *op. cit.*, t. II, N° 1125, p. 118-119. Il l'accorde également aux ouvriers mobilisés en usine — N° 1125-1, p. 119 — mais non à ceux qui ont été au préalable mis en sursis, N° 1125-2 p. 121.

Depuis l'achèvement de notre travail sur ce point, une loi du 26 juillet 1918 (Journ. Off. du 2 août) est venue compléter l'article 4 de la loi du 5 août 1914 et limiter sa portée. Désormais, en vertu de ce texte, pour des motifs exceptionnels et sur autorisation spéciale, l'instance pourra être engagée ou continuée et l'exécution poursuivie contre des citoyens mobilisés, mais résidant, en vertu d'une affectation sans limitation de durée, dans la zone de l'intérieur, et seulement tant qu'ils y résideront ;

Enfin cette suspension des poursuites constitue pour le mobilisé un avantage que la loi lui offre et non une obligation qu'elle lui impose. Aussi il a toute faculté pour renoncer au régime de faveur qu'on lui concède et se soumettre au droit commun. L'exception dont il jouit à ce sujet n'est pas d'ordre public (1) et ne doit pas être relevée d'office par le juge : c'est à l'intéressé à la faire valoir au début de la procédure ; s'il ne la soulève pas et se défend au fond, il est censé y renoncer, et les poursuites continuent valablement contre lui (2).

C'est là une mesure qui, plus que la précédente, risque d'atteindre la femme dont, par hypothèse, le mari est mobilisé. Vis-à-vis d'un tiers, celle-ci peut remettre son action à plus tard comme tout le monde. Vis-à-vis de son mari qui tient en mains ses intérêts moraux et pécuniaires, elle peut avoir de justes motifs d'agir d'urgence. C'est l'application de cette seconde disposition qui nous retiendra ici.

Si nous examinons à ce point de vue la jurisprudence de la guerre, nous constaterons que les difficultés provoquées par ce texte se sont principalement concentrées autour de deux procédures spéciales, d'inégale importance, mais toutes deux relatives, l'une par sa nature, l'autre par l'emploi qui en a été fait, à l'existence même de la femme : la

leur départ dans la zone des Armées les fera retomber sous l'empire de l'ancien article 4. — Nos explications ultérieures ne devront donc être admises que sous le bénéfice de cette réserve.

(1) En ce sens Cass., 18 mai 1915, *Gaz. des Trib.*, 30 juin 1915, *Recueil de procédure*, 1916, N° 7686, p. 43 ; Req., 17 nov. 1915, *Gaz. des Trib.*, 4 mai 1916, *Rec. Proc.*, 1916, N° 7687, p. 45 ; Req., 22 déc. 1915, *Gaz. des Trib.*, 6 janv. 1916 ; Trib. Rennes, 14 oct. 16, *Rec. Procéd.*, 1916, N° 7688, p. 48 ; Paris, 8 juil. 1916, D. 16.2.199.— Wahl, *op. cit.*, t. IV, N° 3254-3255, p. 433.

(2) Wahl, *op. cit.*, t. II, N° 1140, p. 148 ; 1140-1, 2, 3, 4, 5, 6, p. 148-156.

procédure du divorce et celle du référé. Une femme dont le mari est mobilisé peut-elle intenter contre lui une demande en divorce, ou introduire un référé, telles sont les deux questions que nous allons étudier maintenant (1).

II. Application : Divorce et référé

SECTION I

LE DIVORCE

1° *La question qui se pose : la femme peut-elle introduire une demande en divorce contre son mari mobilisé ?*

Une femme mariée a de justes motifs de se plaindre de son mari : les raisons qu'elle peut invoquer contre lui sont de celles que les articles 229 et suivants du Code admettent comme causes légitimes de divorce. Aussi présente-t-elle requête aux fins d'obtenir celui-ci. Seulement son mari est mobilisé, et, aux termes de l'article 4 de la loi du 5 août 1914, aucune instance ne peut être indroduite contre un citoyen présent sous les drapeaux. Dès lors quel sera le sort de la demande de la femme ?

Rappelons en premier lieu que l'exception de mobilisation ne fonctionne pas au profit de tous individus susceptibles d'être considérés comme mobilisés, et que seuls ceux pré-

(1) On voit aussi se soulever en cette matière la question de la saisie, notamment de la saisie-arrêt. Certes, c'est une procédure que la femme peut songer à utiliser contre son mari ; cependant c'est une mesure qui est moins réservée à son activité propre que le référé, et surtout que le divorce. Aussi ne rentre-t-elle pas de façon absolue dans le domaine de notre sujet. Etant donné l'étendue de nos explications nous n'en aborderons pas l'étude.

sents sous les drapeaux sont en droit de l'invoquer. C'est un point qui, en cette matière, a été consacré par la jurisprudence. Donc n'en bénéficient pas ceux qui n'ont pas rejoint leur corps ou en ont été détachés par la suite (1).

D'autre part la procédure de divorce est bien une instance, c'est-à-dire un débat contentieux entre deux parties en litige. C'est même le nom qu'elle porte en pratique.

Cependant c'est une procédure qui a un caractère particulier : elle ne débute pas immédiatement, comme les autres, (le préliminaire de conciliation, dont on se passe si souvent en fait, mis de côté) par une comparution des parties devant le tribunal chargé de trancher leur différend. Elle est précédée de mesures, judiciaires sans doute, mais nullement contentieuses. Aux termes, en effet, de l'article 234 du Code Civil, l'époux qui veut former une demande en divorce doit présenter une requête à ce sujet au président du Tribunal. Celui-ci entend le demandeur, lui fait les observations qu'il juge utiles, rend une ordonnance l'autorisant à citer son conjoint en conciliation devant lui (art. 235), et, en attendant, à prendre une résidence séparée (art. 236).

Ces diverses mesures font-elles partie de l'instance ? La procédure de divorce constitue-t-elle une instance dès son introduction, ou ne le devient-elle qu'à un certain moment ? Et, en conséquence, la femme du mobilisé se voit-elle refuser tout accès en justice, ou y est-elle admise tout d'abord, quitte à devoir se retirer à une heure déterminée ?

2° *Recherche d'une Solution.*

A la question ainsi posée, les principes permettent de répondre : l'instance n'étant engagée que par l'acte de procé-

(1) V. Lyon, 21 mars 1916, D. 1916.2.92.

dure qui amène l'affaire devant l'autorité contentieuse, c'est en l'espèce la citation en conciliation devant le président qui l'ouvrira. Cette citation contient les faits sur lesquels la demande est fondée ; elle fait venir les époux devant le président ; et celui-ci n'a pas seulement pour mission de tenter de concilier les parties, il statue aussi sur un certain nombre de points qui peuvent être en litige : sur la résidence de la femme, sur la pension alimentaire dont elle aurait besoin, sur la garde des enfants. Toutes ces mesures sont susceptibles de donner lieu à débat : le président le tranche ; il y a décision contentieuse. La citation en conciliation qui aboutit à ce résultat a donc un caractère contentieux elle aussi (1). C'est le préliminaire de l'instance. Ce sera par conséquent un acte que la femme ne pourra pas remplir à l'encontre de son mari mobilisé. Au contraire, jusque-là, jusqu'à la signification de la citation, il lui sera permis de procéder, l'instance seule étant défendue contre les mobilisés.

C'est la solution qu'imposent les principes. Elle concorde bien avec le but de la loi du 5 août 1914. Ce que le législateur se proposait en effet par là, c'était, d'une façon générale, d'interdire à quiconque, sauf au représentant de la Société, de faire venir un mobilisé en justice (sauf les précisions que nous aurons à ajouter plus tard). Or dans une instance en divorce dirigée contre lui, quand devrait-il y venir pour la première fois ? Lorsqu'il est cité en conciliation devant le président. Jusque là il ne participe pas aux actes judiciaires accomplis par son conjoint ; il y demeure entièrement étranger : c'est que ces actes ne compromettent pas ses droits.

(1) V. en ce sens Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des Personnes*, t. IV, N° 84 ; Gaudemet, *Rev. Trim. Droit civ.*, 1914, p. 101 ; Wahl, *Le Droit civil et commercial de la guerre*, t. I, N° 387, p. 369. *Adde* Cass. Req., 8 déc. 1880, S., 82.1.103.

Aussi ces préliminaires peuvent-ils être opérés alors même que le défendeur serait mobilisé, ils ne lui préjudicient pas.

Un point nous est acquis : la femme ne peut pas faire citer en conciliation son mari mobilisé. Il semble résulter de là que le président saisi de la requête ne soit pas en droit de rendre une ordonnance permettant de citer, puisque ce dernier acte est défendu, et que si l'ordonnance est accordée, rien n'empêchera la demanderesse de la mettre à exécution. Si on ne peut pas faire l'acte, on ne doit pas pouvoir obtenir l'autorisation de le faire. La logique paraît commander cette interprétation.

C'est en ce sens, en effet, que se sont prononcés certains tribunaux (1). Il faut, dit l'un d'eux (2), comprendre d'une manière large l'expression « instance engagée » employée par le législateur ; ainsi on doit entendre comme constituant l'instance engagée tous actes judiciaires de nature à provoquer devant la justice l'intervention personnelle du défendeur, spécialement l'ordonnance sollicitée par la femme, résolue à poursuivre la dissolution du mariage, aux fins d'être autorisée à citer son conjoint en conciliation et accessoirement a avoir une résidence séparée. Cette décision semble impliquer qu'il ne peut pas y avoir de dissociation entre l'ordonnance et la citation, que la première entraîne la seconde, et que celle-ci n'étant pas possible, celle-là ne doit pas l'être non plus (3). Cette pensée se vérifie davantage en-

(1) V. Trib. civ. de Langres, 13 fév. 1915, *Lois Nouvelles*, 1915.2.53 ; Cour de Dijon, 1er avril 1915, *Gaz. des Trib.*, 29 juil. 1915, *Lois Nouvelles*, 1915.2.54.

(2) V. Cour de Dijon, 1er avril 1915 précité.

(3) C'est en ce sens que se prononce M. Wahl : le président ne peut délivrer l'autorisation de citer en conciliation, dit-il, car cette autorisation contient un ordre aux parties de comparaître, et le mobilisé est à l'abri de toute injonction de ce genre en vertu de l'article 4 de la loi du 5 août 1914. V. *op. cit.*, t. I, N° 387, p. 369-370.

core par ce que dit la Cour de Dijon au sujet d'une des suites de l'ordonnance : l'autorisation pour la femme d'avoir une résidence séparée. Si l'ordonnance ne peut pas intervenir, la femme sera privée de la faculté que l'article 236 lui accorde : obtenir, dès l'introduction de sa demande, l'autorisation d'avoir une résidence séparée. Et c'est bien à cela qu'aboutissent les jugements que nous signalions tantôt. L'autorisation de résidence séparée, déclare la Cour de Dijon, n'étant que la conséquence du permis de citer en conciliation dans lequel elle trouve sa cause légale, ne peut être séparée de ce permis ni intervenir en son absence (1).

Mais alors c'est non seulement refuser à la femme la faculté d'introduire une instance en divorce, c'est, parce que son mari est mobilisé, lui refuser toute protection. Car que sollicite avant tout la femme qui désire divorcer ? N'est-ce pas la permission de ne plus être obligée de vivre sous le toit de l'époux coupable ? Elle a besoin de solitude, ou tout au moins de liberté : ce sont là deux éléments de sauvegarde pour elle, sauvegarde matérielle parfois, sauvegarde morale toujours : il lui faut l'indépendance pour pouvoir suivre sa demande comme il convient, il lui faut la tranquillité, un asile qui l'abrite des influences, des injonctions, des menaces, comme des mauvais souvenirs. La priver de cette liberté, c'est sacrifier ses droits. Cela est si vrai que, même durant le mariage, la justice est parfois intervenue pour la

(1) M. Wahl décide également que la femme du mobilisé n'a aucun moyen d'obtenir une résidence séparée, l'ordonnance permettant de citer en conciliation ne pouvant être délivrée. V. *op. cit.*, t. I, N° 387, p. 372. Il repousse le système de la jurisprudence, autorisant dès maintenant à citer après la guerre, parce que les articles 236-237 du Code Civil ne donnent pas au président le pouvoir de citer pour une époque indéterminée et que la résidence séparée, susceptible d'augmenter le désaccord entre époux, ne doit avoir qu'un court effet. V. *op. cit.*, t. I, N° 388, p. 371-372.

protéger contre les atteintes portées à sa sécurité et à sa dignité, allant jusqu'à l'autoriser à quitter le domicile conjugal (1). La protection que l'on accorde à la femme durant le mariage, alors qu'elle n'a formée aucune demande en divorce, ne pourrait plus lui être allouée lorsqu'elle a manifesté judiciairement sa volonté de se séparer de son mari, sous prétexte que celui-ci est mobilisé ! Quelle contradiction ce serait !

En vérité comprendre de la sorte l'article 4 de la loi du 5 août 1914, ce serait lui donner une portée que le législateur n'a pas entendu lui conférer. Il a voulu interdire l'appel en justice du mobilisé, il n'a pas voulu le mettre hors la loi et au-dessus d'elle. Il a défendu toute instance et mesure d'exécution ; puisqu'il a précisé ainsi, il a par là même permis tout ce qui n'est pas une instance ou une mesure d'exécution. Il a désiré le protéger, non faire cesser devant lui toute application du droit et annihiler la protection dont d'autres personnes pourraient se prévaloir à son égard. Sa protection laisse possible celle d'autrui : ce sont des choses qui ne sont pas contradictoires et dont la mise en œuvre simultanée se conçoit aisément. S'il l'a investi d'un privilège exorbitant au droit commun, c'est seulement dans la limite où ce droit commun était de nature à lui nuire, pas au delà (2). Sans doute on objecte en l'espèce : si l'autorisation de résidence séparée est antérieure à l'introduction de l'instance, elle n'en est pas moins donnée en vue de celle-ci et pour assurer à la femme la liberté de la former et de la diriger ; on ne peut l'en détacher, car elle y trouve sa raison d'être (3). Oui,

(1) V. en ce sens Cass., 20 nov. 1860, S. 61.1.965.

(2) V. sur la portée de l'art. 4 de la loi du 5 août 1914, JAPIOT, *Traité théorique et pratique du Droit procédural de la guerre*, N° 238 à 243, p. 193-196.

(3) Voir notes sous arrêt de Caen, 12 janvier 1916, *Gazette des Tribunaux*, 29 mars 1916.

l'autorisation est donnée *en vue de l'instance*. En quoi en découle-t-il qu'elle y est comprise ? La requête de la femme est présentée aussi *en vue de l'instance* ; pourtant elle n'en fait pas partie. Au fond il nous semble que l'on fait ici une confusion. Ce que l'ordonnance du président accorde, en même temps que l'autorisation de résidence séparée, ce n'est pas la citation en conciliation même, mais seulement le permis de citer. Donc ce qui commence l'instance, ce n'est pas la permission de citer, mais sa réalisation, c'est-à-dire sa signification au défendeur : c'est cet acte là qui commence réellement l'instance, parce que seul il touche le défendeur et l'appelle en justice. L'autre, le permis, est une mesure préalable dénuée de toute efficacité et dont le défendeur ne saura rien si elle n'est pas mise à exécution. L'autorisation de résidence séparée, enfin, est une autre permission, de même nature que la première, dont elle est l'accessoire et non la conséquence : elle n'en résulte pas nécessairement en effet : le juge peut autoriser, dit l'article 236 ; il ne dit pas il doit.

Nous arrivons ainsi à voir qu'il est permis de séparer la citation en conciliation, faite en vertu de l'ordonnance l'autorisant et qui est un acte d'instance impossible envers un mobilisé, du permis de citer, accordé par l'ordonnance, et constituant une mesure préalable à toute instance, possible envers un mobilisé (1). Ce permis de citer annonce une instance, il ne l'engage pas : tant qu'il n'est pas réalisé, il n'expose le futur défendeur à aucun risque ; dès qu'il l'est, il le

(1) L'ordonnance permettant de citer est un acte de pure juridiction gracieuse, contre lequel l'appel n'est pas possible, et que le défendeur ne peut attaquer que par le référé, s'il estime les mesures ordonnées par le président préjudiciables à ses intérêts. V. DALL., *J. G. S.*, V° Divorce, N° 187.

menace d'un préjudice que la loi a entendu lui épargner. Par suite l'autorisation de résidence séparée accompagnant le permis de citer n'introduit pas plus l'instance que lui-même, et enfin l'ordonnance les consacrant tous deux est indépendante de l'instance proprement dite, et peut, en conséquence, être délivrée à une femme dont le mari est mobilisé : elle assure sa sauvegarde sans méconnaître celle que l'article 4 de la loi du 5 août 1914 octroie à son conjoint.

3° *L'Effort de la Jurisprudence. Son Appréciation.*

C'est à cette conclusion que, sans faire une recherche aussi longue et en s'inspirant avant tout de l'intérêt évident de l'épouse, la majorité des tribunaux ont abouti (1). A ce sujet la Cour de Caen a donné des motifs qui décèlent les tendances de la jurisprudence et les raisons qui l'ont déterminée. Après avoir déclaré que c'est la citation en conciliation qui engage l'instance et qu'elle est donc impossible contre un mobilisé, elle proclame que cette instance n'existe pas encore lorsque la femme présente sa requête au président conformément à l'article 234. Puis elle poursuit : « Attendu qu'en recevant ses explications en l'absence de tout contradicteur, en lui adressant les observations qu'il croit convenables, en lui assignant une résidence séparée, et en fixant la date de la tentative de conciliation, ce magistrat ne statue pas sur un

(1) V. en ce sens Cour de Paris, 29 juin 1915, *Gaz. des Trib.*, 29 juillet 1915 ; Cour de Bastia, 6 juillet 1915, *Gaz. des Trib.*, 29 juillet 1915, D. 1916.2.41 ; Cour de Caen, 12 janvier 1916, *Gaz. des Trib.*, 29 mars 1916 ; Cour de Lyon, 21 mars 1916, *Gaz. des Trib.*, 1er juin 1916 ; Limoges, 11 mars 1918, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1918.2.176.

litige, mais remplit une mission de tutelle judiciaire. » Le caractère de l'ordonnance du président est ainsi nettement dégagé. Ce qu'elle contient prouve qu'elle n'a pas pour but de se prononcer sur un conflit, et de la sorte qu'elle n'est pas de nature contentieuse : c'est un acte de simple juridiction gracieuse. C'est là un point qui est établi depuis longtemps (1) Ce principe posé, la Cour de Caen en faisant application aux circonstances présentes continue : « Attendu qu'aucune disposition légale ne prive de cette protection la femme du citoyen mobilisé, qu'elle peut donc être autorisée dans ces conditions à cesser provisoirement une cohabitation qui mettrait en péril sa personne ou sa dignité ; attendu qu'aucun texte ne s'oppose à la permission de citer *qui doit lui être donnée en même temps*, mais dont elle ne pourra faire usage que lorsque l'obstacle légal qui interdit l'introduction de l'instance aura été levé, c'est-à-dire lorsque son mari ne sera plus mobilisé. »

Ces attendus semblent bien révéler la pensée de la Cour de Caen : la place qu'ils donnent à l'autorisation de résidence séparée, envisagée en premier lieu, la façon dont ils parlent du permis de citer, considéré presque comme un accessoire de la précédente, paraissent montrer que son but primordial a été d'accorder à la femme l'autorisation de résidence séparée et de justifier cet octroi. Ce qu'elle a voulu, c'est prendre en considération la situation de la femme qui a de justes raisons de se plaindre de son mari, et lui allouer tout au moins un minimum de satisfaction. Puisque la procédure de divorce n'est pas possible actuellement, elle a entendu tout de même ne pas avoir l'air d'assurer une impunité complète au coupable que la loi protège, et décharger la victime de l'obligation la plus

(1) V. en ce sens Paris, 1er mai 1894, D. 95.2.222.

pénible pour elle : celle de résider dans un logis devenu odieux. Pour ce faire, ne disposant pas de la faculté d'autoriser la femme à citer dès maintenant, elle lui a permis néanmoins de prendre date pour l'époque où, avec la cessation des hostilités et la démobilisation du mari, l'obstacle aura disparu, et par là de fixer son droit. Peut-être a-t-elle pensé en même temps qu'une telle procédure pourrait avoir un effet salutaire : cette fixation constituant un avertissement sérieux pour le mari, l'incitant à réfléchir, l'influençant et finalement le ramenant à de meilleures dispositions envers sa femme dont il solliciterait le pardon. Tant que la citation n'est pas donnée, rien — ou à peu près — du conflit familial n'est ébruité : une réconciliation demeure chose aisée. Ainsi la justice sauvegarderait les intérêts de la femme, sans compromettre ceux du mari, et faciliterait leur nouvelle entente (1).

C'est là une jurisprudence dont la pensée équitable ne saurait être qu'approuvée. Elle s'est efforcée de maintenir la balance égale entre les deux adversaires et de n'accorder à l'un un concours qu'une protection spéciale de l'autre défend en partie de lui donner, que dans la mesure exacte où les prérogatives de ce second sont respectées (2).

(1) V. en sens contraire M. Wahl *op. cit.*, t. I, N° 388, p. 371-372, qui estime que la résidence séparée va augmenter le désaccord entre époux.

(2) Sans doute l'argument de texte que M. Wahl tire des articles 236 et 237 est fort, bien que, d'une façon absolue, aucune de ces dispositions ne limite les droits du président. Cependant il ne faut pas oublier que nous sommes ici dans une hypothèse qui dépasse entièrement les prévisions des auteurs du Code et, par suite, les formalités qu'ils ont instituées en vue de circonstances ordinaires. Peut-on faire rentrer une situation aussi anormale dans le cadre d'un texte qui ne l'a nullement envisagée ? On aboutit ainsi à renforcer la rigueur de la disposition et à lui donner une raideur qu'elle n'avait pas primitivement. Mieux vaut reconnaître que nous sommes en dehors de son domaine exact, mais

Au point de vue pratique le résultat n'est pas moins satisfaisant qu'au point de vue des principes. Du fait que la femme a été autorisée à avoir une résidence distincte et qu'une séparation est par là intervenue entre son conjoint et elle, il en résulte qu'elle jouira dans le domaine juridique d'une liberté qu'en général l'épouse ne possède point. Son existence indépendante lui conférera, en vertu du mandat tacite qu'elle sera supposée avoir reçu de son mari (pour nous, en vertu d'une autorisation tacite) (1), la faculté de contracter toutes les obligations nécessaires pour assurer son entretien — notamment prendre à bail un appartement (2). Par cela même qu'elle doit mener une vie propre, elle a des besoins plus étendus qu'une femme mariée ordinaire, et elle bénéficie en conséquence d'un pouvoir plus large. Il n'en serait autrement qu'au cas où elle recevrait une pension alimentaire de son conjoint. Car — autre avantage pour elle — à la différence de ce qui se passe durant la vie commune, cette femme ayant une résidence séparée aura faculté de réclamer des aliments à son mari. Sans doute ce n'est pas le président statuant en matière de divorce qui pourra les lui accorder — aux termes de l'article 238, c'est là une mesure qu'il ne saurait envisager qu'après la tentative de conciliation, — mais le président statuant en référé (3). Et la jurisprudence, pour mieux parvenir à ses fins et pourvoir l'épouse, qui peut disposer d'une fortune importante, de ce qui lui est nécessaire pour vivre, a imaginé ici un stratagème dont nous avons déjà parlé.

qu'il importe, au risque de dépasser la portée d'un texte, de ne pas laisser sans solution des situations qui, en droit comme en fait, en réclament une impérieusement.

(1) V. p. 247 et suiv., et 289 et suiv.

(2) V. en ce sens Trib. d'Alger, 22 avril 1915, *Gaz. des Trib.*, 24 juin 1915.

(3) V. en ce sens Caen, 12 janvier 1916, *Gaz. des Trib.*, 29 mars 1916.

Elle ne crut pas pouvoir reconnaître au président le droit de condamner l'époux à payer une pension alimentaire, de peur de violer l'article 4 de la loi du 5 août 1914. Seulement elle décida que si le mari ne versait pas la pension mise à sa charge, la femme aurait droit, en vertu de l'article 242 du Code, de faire désigner en référé un administrateur séquestre, ayant pour mission de toucher les revenus de certains de ses biens personnels et de les lui remettre mensuellement jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (1).

Evidemment on aboutit de la sorte au résultat désiré. Cependant le procédé est discutable. L'article 242, en effet, qu'utilise la Cour de Caen, prévoit bien des mesures susceptibles d'intervenir dès la première ordonnance, mais il s'agit là uniquement de mesures conservatoires destinées à assurer la garantie des droits et des biens de la femme. C'est toujours de cette façon que la jurisprudence a entendu ce texte (2). Elle s'est notamment refusée à admettre des mesures qui enlèveraient au mari l'administration des biens de la communauté ou des biens propres de sa compagne dont il a l'administration (3). A peine certains jugements ont-ils accepté la nomination d'un sequestre pour les biens propres de l'épouse (4). En somme simple désir de sauvegarder les droits personnels de la femme. Tout autre est la décision qui confie l'administration de certains biens de l'épouse à un tiers chargé de lui en verser le revenu. On veut par là procurer à la femme le nécessaire pour vivre : c'est sous une forme déguisée lui attribuer une pension alimentaire. Or le président

(1) V. Caen précité.

(2) V. Colin et Capitant, t. I, p. 217, B.

(3) V. en ce sens *Références* dans Baudry-Lacantinerie, t. I, N° 660, p. 368, texte et note 1.

(4) V. Colin et Capitant, t. I, p. 217 et 218, C.

ne peut statuer sur les aliments que dans son ordonnance de non-conciliation. (Art. 236. Le juge statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence... et il a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments.) Lui faire trancher de manière détournée une question d'aliments dès la première ordonnance, c'est manifestement violer l'article 236. Mieux eut valu être plus franc, et accorder au président des référés le droit d'assurer le paiement direct de la pension alimentaire, en dehors des conditions de l'article 242, un mobilisé ne pouvant, sans injustice, invoquer sa situation et la loi du 5 août 1914 pour se soustraire à de telles obligations quand elles lui demeurent possibles.

Quoi qu'il en soit, on voit ainsi l'effort réalisé par une certaine jurisprudence, pas toujours suivie du reste (1), et l'avantage qui résulte pour la femme de cette autorisation de résidence séparée. Refuser à l'épouse la faculté d'obtenir cette ordonnance d'habitation distincte, c'est, sous prétexte que son mari doit être protégé, la livrer à sa merci et la priver de son côté de toute protection : elle n'aura qu'un mandat tacite restreint, confiné aux besoins quotidiens du ménage ; elle n'aura pas droit, selon la jurisprudence, à une pension alimentaire, alors que son conjoint fautif détient peut-être entre ses mains toute une fortune qui est à elle et en fait mauvais usage ; elle n'aura pas la garde de ses enfants ; avant tout, elle devra continuer à vivre sous le toit détesté. Adopter un tel parti, c'est la sacrifier. La majorité s'est heureusement décidée, tout au moins pour la résidence séparée, en sens contraire. Aussi il est juste de reconnaître qu'en cette matière du Divorce, la jurisprudence de la guerre, appelée à

(1) Dans le sens du refus de nommer un séquestre (il est vrai qu'il s'agissait ici de biens communs), Paris, 29 juin 1915, *Gaz. des Trib.*, 29 juil. 1915.

départager des intérêts contradictoires et également dignes de bienveillance, ne s'est pas contentée de solutions négatives et impuissantes, mais s'est ingéniée à aviser aux circonstances et à adapter les textes aux besoins réels. Il y a là, à l'encontre de ce que nous avons vu en d'autres lieux, notamment à propos de la force majeure, un louable souci de conciliation, en même temps qu'une raisonnable volonté d'assouplir l'interprétation.

***

4° *Questions accessoires.*

Nous ne mentionnerons que pour mémoire trois questions accessoires.

a) Le mari mobilisé peut renoncer au bénéfice de l'article 4 : la suspension des poursuites est édictée en sa faveur et non pas contre lui. Il lui est donc loisible d'intenter une demande en divorce contre sa femme. Il a même la faculté depuis la loi du 30 mars 1916 (1) de se faire représenter par un avoué pour la présentation de sa requête au président, ainsi que pour la comparution en conciliation et les autres actes de la procédure (art. 1). Seulement, à son tour, il est susceptible de rencontrer un obstacle.La discontinuation des poursuites existe, en effet, même en faveur des non-mobilisés. La femme pourra par conséquent l'invoquer (2). Le président statue par une ordonnance. Quelle sera-t-elle ici ? Sera-ce l'ordonnance rendue sur la requête ? Mais elle est accordée sans que l'autre partie ait été appelée. Or, selon les décrets du 15 décembre 1914-art. 1er et du 11 mai 1915-art. 1er, le

(1) *Journal Officiel* du 1er avril 1916.
(2) V. *Rev. Trimest. Droit civil*, 1916, p. 213.

président, avant de se prononcer sur la demande en levée de l'interdiction des procédures, doit convoquer l'autre partie et l'entendre (1). Cela doit avoir lieu avant l'introduction de l'instance, par suite ici avant la citation en conciliation. Il en résulte que c'est avant de délivrer le permis de citer que le président devrait faire venir le défendeur ; et il lèvera la suspension par l'ordonnance autorisant la citation. Si cela n'était pas observé, cette citation serait nulle.

***

b) Que la femme fut en instance de divorce au moment où, la guerre éclatant, son mari est mobilisé, voilà la procédure suspendue, et, si son conjoint ne veut pas bénévolement renoncer à son exception, suspendue jusqu'à la cessation des hostilités. Situation incertaine et équivoque, pleine d'inconvénients et trop absolue. Puisque les choses étaient en cours, et que le mari averti avait été à même de prendre les mesures nécessaires pour la sauvegarde de ses droits, pourquoi ne pas permettre à l'épouse de sortir de cet état pénible, et la laisser enchaînée à un être dont elle ne peut partager l'existence ? Que l'on s'entoure de toutes précautions pour que le mari puisse faire valoir ses droits, mais qu'en retour on autorise la femme à terminer une procédure qui, par sa longueur démesurée, lui préjudicie et dans ses intérêts moraux et dans ses intérêts pécuniaires.

***

c) Supposons maintenant qu'il avait été prononcé entre les époux, préalablement à la guerre, un jugement de séparа-

(1) V. DALL., *Guerre* 1914, t. II, p. 206, et t. IV, p. 253.

tion de corps et que celui-ci était devenu irrévocable. Le délai de trois ans prévu par l'article 310 du Code pour la conversion de la séparation en divorce était en cours lors de l'ouverture des hostilités. La loi du 5 août 1914-article 4 et le décret du 10 du même mois ordonnent la suspension des délais. Le délai de conversion sera-t-il atteint par ces textes, et celle-ci retardée ? Non, a déclaré la jurisprudence (1). La loi du 5 août et le décret du 10 ne visent que les prescriptions, péremptions, déchéances, tous délais dont l'achèvement fait perdre un droit à une partie. Or l'expiration du délai de conversion n'a pas cet effet ; bien au contraire elle fait naître un droit : avant qu'elle soit acquise, aucun des conjoints ne peut demander la conversion ; dès qu'elle l'est, chacun d'eux le peut. Donc ces dispositions ne s'appliquent pas ici ; nonobstant la guerre, le délai de trois ans continue à courir et la conversion est possible (2).

(1) V. en ce sens Trib. de la Seine, 20 juil. 1915, D. 16.2.19.

(2) Une difficulté particulière se posait à ce sujet pour les jugements de séparation de corps qui, lors de l'ouverture des hostilités, n'étaient pas encore devenus irrévocables. Les délais d'opposition ou d'appel qui se trouvaient en cours ont été suspendus, et cette suspension empêche le délai de conversion de commencer à courir. Les époux risquent ainsi de voir trois années écoulées sans que, conformément à l'art. 310, la conversion puisse être demandée. Pour remédier à cette situation désavantageuse une proposition de loi a été déposée à la Chambre par M. Bokanowski, le 15 février 1917 (*Journ. Off.*, 1917, *Doc. parl.*, Chambre, N° 3014). Aux termes de cette proposition, lorsque la séparation aurait acquis un caractère irrévocable, après la disparition des causes qui l'avaient empêchée jusque-là de l'obtenir, le délai de trois ans serait compté rétroactivement du jour où le jugement est intervenu.

SECTION II

LE RÉFÉRÉ

1° *La question qui se pose : La Femme peut-elle agir en Référé contre son Mari mobilisé.*

La femme qui veut divorcer, nous venons de le voir, conserve malgré la mobilisation de son mari un minimum d'initiative judiciaire : elle peut présenter sa requête au président, obtenir l'autorisation de résider séparément, et, s'il y a lieu, la garde de ses enfants. Au delà son intervention rencontre de graves difficultés. C'est ainsi qu'une certaine jurisprudence n'est arrivée à lui allouer des ressources pour vivre qu'en usant d'un procédé détourné et peu compatible avec la précision des textes. Tous les tribunaux n'admettent d'ailleurs pas cette interprétation, et ceux mêmes qui la consacrent n'osent y recourir qu'autant que la femme a des biens propres. Ce n'est certes pas le cas général : aussi ce système est d'une possibilité d'application plutôt rare. Pourtant il faut de toute nécessité assurer la subsistance de l'épouse. Comment y parvenir ? Comment la femme réussira-t-elle à se faire allouer durant la procédure indéfiniment prolongée par les hostilités, ce dont elle a besoin pour vivre ?

D'autre part, sans qu'elle ait introduit une demande en divorce, la femme peut être réduite par son mari à une condition précaire. Si ce dernier ne lui fournit pas des moyens d'existence suffisants, comment l'y contraindra-t-elle ?

En ces deux hypothèses il semble qu'il y ait lieu d'en

appeler à une institution précisément organisée par le Code pour des cas de ce genre, et de permettre à l'épouse de réclamer à son conjoint des aliments. Seulement un obstacle se dresse aussitôt devant cette conception. Ce mari est mobilisé, et, en vertu de la loi du 5 août 1914, art. 4, à l'abri de toute poursuite. Sera-t-il donc impossible de l'atteindre, ce qui équivaudrait à le placer au-dessus des lois, car enfin la loi lui impose bien l'obligation d'entretenir celle qu'il s'est donnée pour compagne (art. 212-214, C. Civ.) ? Est-ce là la pensée des rédacteurs de la loi du 5 août 1914 ? *A priori*, et surtout étant donné la matière, on peut en douter. Mais alors comment toucher le mari ?

Dans un cas comme dans l'autre, en somme, il s'agit de difficultés provisoires. La guerre, quelle que soit sa longueur, ne constitue qu'une situation momentanée ; le régime qu'elle impose est temporaire. Un jour ou l'autre le mari sera démobilisé et revenu en état de remplir ses devoirs. En attendant, comment, s'il les oublie, le forcer à les respecter ?

Prescrire des mesures provisoires ? Justement il est une procédure dans nos codes dont c'est là le domaine. Aux termes de l'article 806 du Code de Procédure : « Dans tous les cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, » il sera procédé par la voie du référé. Attribuer des aliments à la femme qui se trouve actuellement dans le besoin par suite de la mobilisation de son mari et de la mauvaise volonté de ce dernier, n'est-ce pas là quelque chose d'urgent et de provisoire ? Urgent : il est à peine utile de le dire : ce l'est sûrement, et ce peut être de la plus grande urgence. Provisoire : ce l'est également, puisque la situation de l'époux qui provoque les difficultés et le remède ne doit durer qu'un temps. — Pour que le juge des référés soit

compétent il faut encore que la mesure demandée ne préjudicie pas au principal. Il en est ainsi pour les aliments que la femme réclame au cours de la procédure de divorce, en se basant sur ses nécessités présentes, réserve faite de la question du droit à pension qui sera résolue plus tard : il en est de même pour ceux qu'une femme laissée dans le dénuement par un mari pourvu de ressources, sollicite en attendant que, la guerre terminée et la conduite de son conjoint définitivement établie, elle pût faire dire le droit qu'elle possède en l'espèce.

Dès lors pourquoi ne permettrions-nous pas à cette femme d'agir contre son mari par le moyen du référé ? Oui. Seulement son époux se trouve pour le moment dans une situation particulière : il est mobilisé. Or, en tant que tel, il est protégé par l'article 4 de la loi du 5 août 1914 qui défend d'introduire aucune instance contre lui. Dans ces conditions sa créancière peut-elle le citer en référé? Toute la difficulté est là.

Mais avant d'aborder l'examen de ce point il est une question préalable qu'il faut résoudre. Agir en référé, c'est en somme agir en justice. Et pour ce faire la femme a ordinairement besoin d'une autorisation. Celle-ci lui est-elle nécessaire ici ? A cette interrogation l'opinion dominante répond par la négative: La femme mariée peut agir en référé, soit en demandant soit en défendant, sans aucune autorisation (1).

(1) V. en ce sens DALL., C. Civ. Ann., Art. 215, N° 33 ; DALL., C. Procéd. Civ. Ann., Art. 806, N° 2 ; DALL., J. G., V° Référé, N°s 15 et 16 ; J. G. S. V° Mariage, N° 447 ; *Pand. Belges*, V° Autorisation de femme mariée, N° 133 ; *Ibid.* V° Puissance maritale, N° 38 ; *Ibid.* V° Référé, N° 980 et Références. DEMOLOMBE, t. IV, n° 131 ; LAURENT, *Sup.*, t. I, N° 569. Trib. de la Seine, 19 juin 1863, *Gaz. des trib.*, 26 juin 1863. *Adde* TISSIER, Note au S. 1915.2.81, N° 5, et les Références jointes ; Paris, 18 avril 1916, *Gaz. des Trib.*, 13 mai 1916 ; Périgueux, 1er février 1917, *Gaz. des Trib.*, 8 mars 1917. *Contra* WAHL, *op. cit.*, t. II, N° 1121, p. 115.

Pourquoi cette exception ? D'abord le référé ne règle que des mesures urgentes. La matière exige célérité : la procédure doit être brève. Ce serait aller à l'encontre du vœu de la loi qu'imposer ici une autorisation préalable entraînant des complications et des retards (1). Ensuite le référé n'aboutit qu'à des décisions provisoires, ne portant aucune atteinte au fond du droit des parties : il a ainsi le caractère d'un acte conservatoire, et, comme tel, il peut être accompli par la femme sans aucune habilitation (2).

Voilà consacrée une atténuation appréciable au principe d'incapacité. Si l'on songe à la diversité des actes que le référé est susceptible d'embrasser, on s'aperçoit aisément que cette doctrine confère à l'épouse un champ d'activité judiciaire important. Il lui sera permis d'obtenir seule toutes les mesures que les circonstances rendront nécessaires et urgentes, à condition que le principal ne soit pas en jeu. Et elle aura pouvoir d'assurer elle-même, de façon opportune et rapide, la sauvegarde de sa personne comme de ses biens, de ses intérêts moraux et pécuniaires ; elle ne sera, pour ce faire provisoirement, dans la dépendance de personne.

Faculté précieuse déjà pour la femme en temps ordinaire, et qui le devient beaucoup plus encore à l'époque actuelle où l'éloignement de son conjoint, les difficultés de communiquer avec lui, et l'incertitude peut-être de son existence, rendent très pénible et très lente l'obtention d'une autorisation. Celle-ci n'étant pas nécessaire pour le référé, l'épouse sera à même d'entretenir rapidement la justice de ses plaintes et de parvenir sans retard à une solution temporaire. Mais la

(1) V. en ce sens *Pand. Belges*, V° Autorisation de femme mariée, N° 133, et V° Puissance maritale, N° 28.

(2) V. en ce sens Trib. Seine, 19 juin 1863 précité ; DEMOLOMBE, précité.

femme dont le mari est mobilisé, et protégé par l'article 4 de la loi du 5 août 1914, lequel défend toute instance contre les citoyens présents sous les drapeaux, peut-elle agir en référé contre lui ? Nous retrouvons de la sorte notre question.

2° *Les Solutions Proposées.*

Les interprètes ne sont pas d'accord sur la réponse à donner au problème.

Les uns se sont refusés à reconnaître un tel droit à la femme. La disposition de la loi du 5 août 1914, article 4, disent-ils, est générale et absolue : elle proclame *qu'aucune instance* n'est possible contre un mobilisé, sans distinguer. Donc on ne saurait faire ce que la loi elle-même n'a pas fait : établir une différenciation entre les procédures en référé et les autres. Rien dans le texte n'autorise une telle séparation : et la matière étant d'ordre public, on n'a pas la liberté de l'y suppléer. C'est le point de vue qu'a adopté une partie de la jurisprudence (1). Au surplus, ajoutent les partisans de cette doctrine, la mesure sollicitée en référé peut aboutir à une dépossession complète ou à peu près complète de patrimoine, c'est-à-dire à un résultat autrement grave qu'une condamnation au principal : le créancier atteindrait ainsi indirectement un débiteur qu'il n'a pas le droit de citer directement devant le tribunal. Admettre cela ce serait aller à l'encontre de l'in-

(1) V. en ce sens Pau, 8 mars 1915, S. 1915.2.71 ; Aix, 24 mars 1915, S. 1915.2.87, *Pand. franç.*, 1915.2.87, *Lois Nouvelles*, 1915.2.25, *Gaz. des Trib.* 21 mai 1915 ; Paris, 29 juin 1915, *Rec. de procéd. civ.*, 1916, p. 205. Tissier, Note au S. 1915.2.81, N° 5 ; Wahl, *op. cit.*, t. II, N° 1135, p. 141, N° 1136, p. 144.

tention du législateur qui a voulu assurer aux mobilisés la protection la plus large (1), intention qu'il a maintenue dans le décret postérieur du 15 décembre 1914, conservant intacte l'immunité concédée aux citoyens présents sous les drapeaux (2).

A l'opposé, d'autres ont prétendu : l'article 4 de la loi du 5 août 1914 ne contient pas une prohibition complète et totale de toute procédure à l'égard des mobilisés. Le législateur n'a pas entendu le mettre au-dessus des lois : il a voulu le protéger et c'est tout. Il n'a pas songé à abandonner à leur sort les droits que des créanciers peuvent avoir contre des citoyens présents sous les drapeaux : s'il s'est proposé de défendre ceux-ci, il n'a point eu l'idée de laisser compromettre les justes intérêts de ceux-là. Aussi s'il n'est pas permis d'introduire contre un mobilisé une instance proprement dite, touchant au fond du droit, et poursuivant une décision définitive, il doit être loisible d'obtenir contre lui, en référé, des mesures conservatoires, destinées à sauvegarder les droits des créanciers, ou des mesures provisoires, ayant pour but de régler, à titre temporaire, des situations de fait qui réclament d'urgence une solution : dans les unes et les autres, le principal demeure réservé, et par là même la condition du mobilisé garantie (3). C'est d'ailleurs en ce sens, poursuivent-

(1) V. en ce sens Aix, 24 mars 1915 précité.

(2) V. en ce sens Pau, 8 mars 1915 précité.

(3) V. en ce sens Trib. de paix de Maison Carrée, 24 sept. 1914, *Rec. des Sommaires Phily*, 1915.1, N° 203 ; Toulouse, 19 octob. 1914, S. 1915.2.81, *Lois Nouvelles*, 1915, 2, p. 4 ; Trib. d'Alger, 30 déc. 1914, *La Loi*, 13 février 1915, *Lois Nouv.*, 1915.2.29 ; Toulouse, 22 mai 1915, S. 1915.2.91, *Gaz. des Trib.*, 20 août 1915 ; Caen, 28 juil. 1915, S. 1915.2.90, *Lois Nouv.*, 1916.2.109 ; Perpignan, 25 sept. 1915, *Le Droit*, 12 mai 1916 ; Rouen, 1er déc. 1915, *Lois Nouv.*, 1916.2.109 ; Caen, 29 mars 1916, *Gaz. des Trib.*, 23 juin 1916, *Rec. Gaz. Trib.*, 1916 2.98 ; Seine, 18 avril 1916, *Le Droit*, 12 mai 1916, *Rec. Gaz. Trib.*,

ils, que la Chancellerie, interprétant les textes antérieurs, s'est résolue. Dans la Circulaire du 29 septembre 1914 (1), le Garde des Sceaux déclare en effet : « Si des affaires civiles ou commerciales ne peuvent être examinées ou jugées au fond, toutes mesures provisoires ou conservatoires que commanderont les circonstances devront être prises en vue de la sauvegarde des intérêts des parties. A cet effet, il sera certainement fait un usage plus fréquent qu'en temps normal des procédures d'urgence prévues par la loi, et, en particulier, de celle du référé. »

Cette deuxième opinion est celle de la majorité de la jurisprudence. Il semble qu'à mesure que la guerre se prolongeait les tribunaux évoluaient vers une doctrine plus libérale, moins attachée aux termes mêmes de la loi du 5 août 1914, et préoccupée avant tout de donner satisfaction aux besoins de la pratique. Or si l'on se place à ce point de vue, on s'aperçoit bien vite que tout autant que ceux du mobilisé, les intérêts de la femme réclament protection, et que plus la guerre dure, plus cette nécessité se fait sentir. Ce privilège de mise hors la loi qui pouvait se concevoir à la rigueur pour un espace de quelques semaines ou de quelques mois devient excessif pour une période de plusieurs années. La défense de l'un doit avoir pour limite la défense de l'autre. Sous des considérations de ce genre, que l'on retrouve

1916.2.6 ; Paris, 27 mai 1916 (non publié, V. *Rec. Périod. de Procéd.*, 1917, N° 279, note 3, p. 227-228) —solution implicite ; Paris, 26 juin 1916, *Gaz. Trib.*, 3 juil. 1916 ; Trib. civ. d'Oran, 20 nov. 1916, *Gaz. Trib.*, 12 janv. 17 ; Nancy, 21 décembre 1916, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.184 ; Paris, 23 janvier 1917, *Rec. Gaz. des Trib.*, 1917.2.164 ; Bordeaux, 5 février 1917, *Le Droit*, 24 mai 1917.

En ce sens Cézar-Bru dans Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité de Proc.*, t. VI, p. 977. V. également Avis Robert sous Aix, 24 mars 1915, *Gaz. des Trib.*, 2 mai 1915.

(1) V. Pհily, 1915, 1, V° Action en justice. Note précédant le N° 12.

même formellement exprimées dans certaines espèces (1), la jurisprudence a adopté une théorie moins abstraite et plus équitable.

3° *Choix d'un Parti.*

Les deux interprétations ainsi exposées, il nous faut maintenant nous déterminer à notre tour. En présence de l'article 4 de la loi du 5 août 1914, défendant toute instance contre un mobilisé, quel sort faut-il réserver à la prétention de la femme qui veut agir en référé contre son mari appelé aux Armées ?

Pour élucider cette question, il est un point essentiel qu'il faut d'abord résoudre : le référé constitue-t-il une instance ?

Désirant montrer que le référé n'est pas une instance, certains se sont efforcés de lui trouver des particularités le différenciant de la procédure ordinaire. Le référé, ont-ils dit, ne peut ordonner que des mesures conservatoires ou provisoires qui ne causeront pas de préjudice réel au mobilisé (2). Sans doute c'est à cela que l'article 806 du Code de Procédure limite la compétence du juge des référés. Mais ce n'est pas là un trait spécial à cette procédure. D'autres juridictions, régulièrement saisies par des parties en conflit, ont faculté de prendre des dispositions de ce genre. Spécialement, parmi les jugements avant dire droit nous en trouvons une catégorie, les jugements provisoires, qui ont cet objet. Ce sont ceux par lesquels les juges prescrivent des mesures pour « sauvegarder des intérêts menacés par l'effet même du pro-

(1) V. en ce sens Seine, 18 avril 1916, précité.
(1) V. en ce sens les diverses décisions d'admission citées, p. 466, note 3.

cès, et de manière à éviter un préjudice à l'un des plaideurs (1). » Les mêmes mesures qu'établit le référé peuvent résulter également des instances ordinaires : ce n'est donc pas là un domaine exclusif à cette institution. D'autre part il n'est pas exact de dire que le référé ne portera aucun préjudice réel au mobilisé. Pour provisoires ou conservatoires que soient les mesures qu'il édicte, elles sont susceptibles de causer un dommage certain, et même à l'occasion, un dommage irréparable (2).

A ce premier argument s'en rattache un autre. L'ordonnance de référé, précisément à raison de ce qu'elle contient, n'a pas autorité de chose jugée. Le point qu'elle a tranché peut être remis en question devant un autre juge sans qu'il soit permis d'opposer la règle : *De eadem re non sit actio.* Ici encore c'est une remarque qui est exacte en soi, mais qui n'est pas caractéristique du référé. Car, justement, ces jugements provisoires, dont nous venons de parler, sont de la même espèce : eux aussi, étant basés sur les circonstances, peuvent être modifiés si celles-ci viennent à changer. En conséquence il est des instances qui parfois n'ont pas autorité de chose jugée (3).

Au contraire ce qui est spécial au président des référés, c'est qu'il lui est interdit de statuer sur le droit : il n'est juge ni de l'existence du droit, ni de son interprétation ; il n'est autorisé ni à le reconnaître, ni à le sanctionner. Il a un pouvoir strictement délimité : il ne doit pas toucher au principal ; cela dépasse sa compétence. Il est obligé de se restreindre aux questions de fait : seule la décision du fait lui appar-

(1) V. Glasson, t. I, p. 506.

(2) V. Glasson, t. I, p. 477 ; Garçonnet et Cézar-Bru, *Précis de procédure civile*, N° 967 ; Japiot, *op. cit.*, N° 289, p. 234.

(3) Cf. sur ces deux arguments, Wahl précité.

tient : celle du droit lui échappe (art. 809, C. Procéd.) (1). C'est là cette fois quelque chose de particulier. Les juridictions ordinaires, en effet, ont une compétence générale et ont qualité pour se prononcer tant sur le fait que sur le droit. Sans doute leur mission normale est de dire le droit ; elles ne tranchent le fait qu'à titre exceptionnel, mais elles le font tout de même en vertu des règles de leur compétence et non pas par dérogation. Jamais le président des référés n'est admis à résoudre un point de droit.

Du caractère particulier de sa fonction découle pour la juridiction des référés des conditions spéciales. Tout d'abord le formalisme et les lenteurs qu'elle entraîne sont réduits au minimum : les délais sont écourtés, en certains cas presque supprimés (art. 808, C. Procéd.) ; la procédure peut être entamée alors que les parties sont déjà engagées dans une instance sur le fond du litige (2) ; le débat a lieu devant un juge unique en principe ; l'ordonnance qui le termine est de droit exécutoire par provision et sans caution ; elle n'est pas susceptible d'opposition : l'appel peut en être interjeté aussitôt, et dans la quinzaine seulement (art. 809 C. Procédure) ; elle peut être exécutée sur minute (art. 810, C. Procéd.). Ces dérogations au droit commun consacrées par la loi elle-même, en ont amené d'autres, introduites par la pratique. On admet que la caution *judicatum solvi* que l'étranger demandeur doit fournir en toute matière (art. 16, C. Civ.) n'est pas exigible en cas de référé (3). On accepte de même, nous l'avons vu, que la femme agisse en référé, tant en demandant qu'en défendant, sans autorisation, malgré l'article 215 (4). La

(1) V. Japiot, *op. cit.*, N° 290, p. 235.
(2) V. Glasson, t. I, p. 472.
(3) V. à ce sujet Note Tissier au S. 1915.2.81, N° 5.
(4) V. précédemment p. 463 texte et note 1.

jurisprudence enfin considère que le dépôt d'un mémoire préalable, exigé de toute personne agissant en justice contre une commune, n'est pas nécessaire en matière de référé (1).

Outre son domaine propre, toutes ces exceptions au droit commun, tirées soit du Code soit de son interprétation, donnent à la procédure du référé une physionomie distincte. Dire d'elle qu'elle constitue une instance, ce serait exagéré, puisque tant de différences la séparent des instances ordinaires, et qu'avant tout elles n'ont pas le même objet : celles-ci ont une fonction générale ; celle-là a une mission nettement déterminée : les premières embrassent l'ensemble des difficultés contentieuses que la pratique peut susciter ; la seconde est réduite à l'examen des mesures de fait, en dehors de toute question de droit. Mais dire d'elle, d'autre part et d'une façon absolue, qu'elle n'est pas une instance, ce serait excessif également, parce qu'elle présente avec l'instance des ressemblances indéniables. Si l'on entend par instance « tout débat entre deux parties en litige, devant un magistrat ordinairement chargé de collaborer à l'exercice de la juridiction contentieuse » (2), le référé a quelque chose de l'instance. C'est un débat contentieux, devant un juge, entre deux parties qu'une contestation divise. Seulement c'est un débat d'une nature spéciale, puisqu'il ne peut porter que sur une question de fait, et qu'en tant que tel il échappe aux règles ordinaires des instances.

Nous arrivons ainsi à constater que le référé est une instance à figure particulière, dérogeant aux règles du droit commun en la matière, et qu'il n'est pas possible de ranger dans la catégorie générale des instances. On ne saurait adop-

(1) V. Note Tissier, *op.* et *loc. cit.* et ses références.
(2) V. Japiot, *op. cit.*, N° 288, p. 234.

ter une solution absolue dans un sens ou dans l'autre, ni lui reconnaître entièrement, ni lui dénier tout à fait le caractère d'instance. Il y participe par certains côtés ; il y déroge par d'autres. Il est donc plus rationnel de s'en tenir à une opinion mixte, qui ne le fera pas entrer dans la classification des instances, et qui ne lui refusera pas non plus tout droit à cette qualité. Comme on l'a dit, c'est une instance, mais une instance *sui generis* (1).

De là il résultera que si on vient à organiser un régime nouveau pour les instances, entendues en bloc et sans aucune distinction, le référé ne pourra pas y être soumis de droit ; il en diffère suffisamment pour demeurer en dehors d'une réglementation d'ensemble les concernant. Et spécialement, au point de vue de la question qui nous intéresse, il s'en suivra que la prohibition générale des instances à l'encontre des mobilisés n'englobera pas nécessairement le référé.

Celui-ci devra alors être admis à leur égard ? Cela ne découle pas de force de notre proposition. Pour le savoir il faut connaître l'esprit de la loi du 5 août. A-t-elle voulu, comme la jurisprudence l'a dit (2), épargner au mobilisé toutes préoccupations d'ordre judiciaire et lui accorder la protection la plus large et la plus efficace ? Si elle l'avait fait dans l'intérêt de la Défense nationale, elle aurait manqué en partie son but, puisque, comme on l'a justement remarqué (3), cet article 4 n'étant pas d'ordre public, il est loisible au mobilisé de renoncer à l'exception qu'il lui procure, et d'accepter le débat en justice ou de l'engager lui-même. Si elle l'avait fait dans l'intérêt personnel du mobilisé, elle eut abouti, pour une

(1) V. JAPIOT, *op. cit.*, N° 288, p. 234.

(2) V. notamment Aix, 24 mars 1915 précité, S., 1915.2.87. V. aussi Tissier, Note au S. 1915.2.81, N° 5.

(3) En ce sens JAPIOT, *op. cit.*, N° 282, p. 230.

certaine part aussi, à un échec, puisque, malgré elle, diverses mesures judiciaires restent permises contre les citoyens présents sous les drapeaux. Il en est ainsi des mesures conservatoires, telles que : inscription d'une hypothèque judiciaire sur leurs biens, ce qui diminuera leur crédit, demande de main-levée ou de radiation, apposition de scellés, inventaire, levée et autres dispositions prescrites en vertu de l'article 242. Il en est encore ainsi des mesures édictées par une ordonnance du président statuant sur requête, en vertu de l'article 54 du décret du 30 mars 1804 : les interprètes, qui se divisent sur la question du référé, sont ici d'accord pour décider que ce texte est applicable aux mobilisés (1). La protection absolue qu'aurait voulu consacrer la loi du 5 août 1914 ne se trouverait donc pas réalisée. D'un autre côté cette défense dépasserait son but et porterait préjudice au mobilisé lui-même, en l'empêchant d'agir contre un autre mobilisé qu'il peut avoir intérêt pourtant à appeler en justice (2). Enfin, au point de vue pratique, elle aurait, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire (3), un résultat déplorable : notamment, pour reprendre une hypothèse que nous avons examinée précédemment (4), elle permettrait à un mari disposant de ressources de laisser sa femme mourir de faim, en dépit des obligations qu'il a assumées (art. 212, 214, C. Civ.), en dépit peut-être également de la fortune que celle-ci lui a apportée et dont il jouit sans égards.

Sont-ce des résultats de ce genre que le législateur a en-

(1) V. en ce sens JAPIOT, *op. cit.*, N° 283, note 4, p. 230 ; TISSIER, Note, S. 1915.2.81, N° 5.
(2) V. JAPIOT, N° 285, p. 232-233.
(3) V. p. 467.
(4) V. p. 461.

tendu faire prévaloir ? Sans doute n'a-t-il pas envisagé toutes les conséquences d'un texte qu'il n'a pas eu le temps d'étudier. Aussi est-ce le cas pour l'interprète d'utiliser le principe supérieur posé en matière de contrats par l'article 1156, et de rechercher quelle a dû être l'intention des rédacteurs de l'article 4. Les lois contemporaines indiquent suffisamment l'esprit du législateur actuel, esprit de libéralisme et d'équité, tendant à assurer à ceux dont il prend la défense une protection certaine, mais non pas absolue, limitant les droits des uns par ceux des autres, s'efforçant de tenir la balance égale entre les deux parties en présence. La loi du 13 juillet 1907 nous est un exemple instructif à ce sujet. Dans ces conditions il n'est pas téméraire de présumer que le législateur, s'il avait pu délibérer sur cet article 4, lui aurait donné une portée raisonnable et sage, et que s'il avait pu prévoir tous ses effets, il les aurait circonscrits. On ne saurait invoquer ici, en faveur de cette opinion, comme certains l'ont fait, la Circulaire Ministérielle du 29 septembre 1914, envisageant expressément la possibilité des instances en référé, car elle vise les non mobilisés (1). Seulement on peut invoquer les précédents en la matière. En effet cet article 4 a été imité, à l'égal d'autres prescriptions intervenues par la suite (2), de la législation de la guerre de 1870-71, spécialement de l'article 2 de la loi du 13 août 1870 (3). Et celui-ci n'aurait été lui-même qu'une reproduction d'une disposition de l'ancien droit, une ordonnance de Louis XIV stipulant qu'aucune poursuite ne pourrait être exercée contre

(1) V. DALLOZ, *Documents de la guerre*, t. I, p. 180.

(2) V. notamment la loi du 3 juillet 1915.

(3) V. Rapport à la Chambre, MÉTIN, *Journ. Of.*, 1914, *Doc. parl.*, Chambre, p. 2112 ; Rapport au Sénat, JENOUVRIER, *Journ. Of.*, 1914, *Doc. parl.*, Sénat, p. 840.

les officiers présents sous les drapeaux (1). C'était ainsi un privilège qui était conféré, par faveur pour leurs services, à une certaine catégorie de militaires. En 1870 on a étendu le nombre des individus appelés à bénéficier de la concession, sans que pour autant la notion qui en était à la base changeât. Cela a conduit à décider que l'exemption accordée se limitait aux actes formellement prévus par elle (2). La même mesure fondée sur la même idée doit amener aujourd'hui les mêmes conséquences, et par suite faire restreindre les instances défendues aux instances proprement dites.

Ainsi, l'analyse juridique comme les besoins de la pratique, l'esprit de la législation et les précédents historiques nous incitent à penser que le référé ne doit pas être compris dans les instances interdites contre les citoyens présents sous les drapeaux, et que si ces procédures-ci sont impossibles, celle-là du moins reste permise.

A cela quel danger y a-t-il ? Sans doute on objecte : « Contre un mobilisé combattant on ne conçoit en raison et en équité aucune instance, pas plus une instance en référé qu'une instance quelconque » (3). Mais si le mobilisé défendeur n'a pas le moyen, à raison de sa situation spéciale, momentanée ou durable, d'éclairer la religion du juge, celui-ci a toujours le droit de décider qu'il n'y a pas lieu à référé. D'autre part la situation du demandeur peut être intéressante aussi et digne de protection. Pourquoi *a priori*, sous le prétexte que le défendeur est mobilisé, la lui sacrifier ? C'est ici que l'on risque d'offenser l'équité !

(1) V. à ce sujet, JAPIOT, N° 214, p. 171, et le rapport Argence au Corps législatif qu'il cite.

(2) V. JAPIOT, n° 241, note 5, p. 195.

(3) V. TISSIER, Note au S. 1915.2.81, N° 5.

4° *Application et conclusion.*

La question de principe étant résolue et la femme ayant la faculté d'agir en référé contre son mari mobilisé, elle pourra donc lui réclamer par là des aliments.

Une telle demande rentre tout naturellement dans la compétence du juge des référés, puisqu'il connaît des mesures urgentes et que celle-ci en est une au premier chef. Pourvoir à la subsistance et à la vie de l'épouse pendant l'éloignement de son conjoint, est une tâche qui ne souffre aucun retard et exige une solution immédiate : c'est une question qui ne supporte pas l'attente, et pour la trancher l'emploi de la justice expéditive est tout indiqué. Seulement le juge des référés a un domaine restreint, nous l'avons vu ; il ne doit pas toucher au principal, au droit ; tout ce qu'il lui est permis de faire, c'est de prescrire des mesures provisoires. Aussi la femme ne serait-elle pas admise à solliciter de son mari une pension alimentaire au sens propre du mot : une telle prétention entraînerait l'examen du fond, soulèverait une discussion sur son droit, chose qu'il est défendu au président d'aborder. Il en serait même de la sorte si la demande de pension n'était formulée qu'à titre provisoire (1). Au contraire l'épouse peut à juste titre, en s'appuyant sur la situation dans laquelle la place en fait la négligence ou le mauvais vouloir de son conjoint et sur sa nécessité de ressources immediates, réclamer une provision alimentaire, jusqu'à ce que les circonstances lui laissent liberté de faire régler par justice les

(1) V. en ce sens Toulouse, 21 août 1838. D. Répert. V° Référé, N° 122.

obligations dont son mari est tenu envers elle (1). La question de droit est ainsi réservée, et le juge des référés n'a à se prononcer que sur un point de fait : cette femme a-t-elle réellement besoin de ressources, et son mari a-t-il le moyen de lui en procurer ?

La jurisprudence, divisée sur la possibilité du référé contre le mobilisé, ne fournit pas ici de solution unique. Toutefois, comme sur la question de principe elle-même, les solutions favorables à l'épouse semblent l'emporter (2). Un référé de la Seine, notamment, en date du 18 avril 1916, expose avec clarté que la femme dont le mari est aux Armées se trouve dans les conditions voulues, si elle a besoin de ressources et que ce dernier en dispose, pour lui en réclamer en référé : d'une part celui-ci ne constitue pas une instance, et en conséquence n'a pas à être précédé d'une autorisation maritale ; de l'autre l'épouse a droit à des aliments ; son conjoint ne saurait invoquer sa situation de mobilisé pour se dispenser de lui en donner : la loi en imposant elle-même l'obligation au mari, la question du droit de la femme n'est pas à discuter : par suite sa demande est recevable. Au surplus, comme l'ordonnance le montre, de nombreuses considérations d'équité et d'humanité militent en ce sens.

Cette jurisprudence a trouvé un appui important dans l'interprétation administrative. Émanant de l'autorité gouvernementale qui avait pris jadis l'initiative des mesures de protection édictées en faveur des mobilisés, cette interprétation, quoique dépourvue de force obligatoire pour les

(1) V. DALL., *C. Procéd. Civ. Ann.*, art. 806, N° 18.

(2) Pour la provision alimentaire : Caen, 12 janv. 1916, *Gaz. des Trib.*, 29 mars 1916 ; Req., 8 mars 1916, *S. Bull. Som.*, 1re partie, p. 9 ; Seine, Référés, 18 avril 1916, *Le Droit*, 12 mai 1916. Contre : Bastia, 6 juil. 1915, D., 16.2.41.

tribunaux, n'en forme pas moins une base sérieuse d'orientation. Or, précisément à la suite de l'espèce rapportée ci-dessus, le Ministère de la Guerre a admis la pratique du référé contre les mobilisés (1). Le Ministre indique lui-même aux personnes susceptibles d'en profiter, la jurisprudence du tribunal de la Seine qui consacre le référé contre mobilisés. Il a été conduit à adopter ce parti par les inconvénients que présentait son système de la Délégation de solde. Celle-ci, nous l'avons vu antérieurement, peut-être ordonnée d'office par le Ministre, sur la requête de certaines personnes. Mais l'intéressé a toujours le droit de s'y opposer : et ce seul refus empêche la Délégation de fonctionner. Le mobilisé peut donc réduire à néant le droit du bénéficiaire, et priver ce dernier, sans motifs, de ressources dont il a besoin et qui lui sont dues. Cette faculté laissée à l'intéressé ruinait le système de la Délégation d'office fondé sur un principe judicieux. Aussi, pour corriger ces imperfections, le Ministre, s'autorisant de la décision du 18 avril 1916, a-t-il reconnu que le référé serait possible contre les mobilisés, et que l'ordonnance en résultant tiendrait lieu de la décision de justice qui, aux termes de l'article 36 du décret du 10 janvier 1912, lui permet d'opérer des retenues sur la solde, pour cause d'aliments, jusqu'à concurrence du tiers de son montant. Par là même la sanction du référé était assurée, et sans qu'il soit nécessaire, ce que la loi du 5 août 1914 n'eut pas permis, de recourir à une mesure d'exécution.

***

La doctrine du référé contre mobilisé s'est vu imposer ainsi par les nécessités de la pratique. Les objections théo-

(1) V. JAPIOT, *op. cit.*, N° 298, texte et note 6, p. 242-245.

riques n'ont pu résister aux injonctions de la vie : le droit, s'il s'y opposait, a dû céder devant l'équité. Il fallait avant tout pourvoir à l'existence d'une femme qu'un mari, nanti de bien, réduit au dénuement : en face de ce devoir social les arguments d'école ne pouvaient tenir.

Cette conception aboutit en outre à élargir le domaine du référé. D'abord l'autorité administrative, nous venons de le dire, le considère comme l'équivalent d'une décision judiciaire condamnant à pension : or le référé, statuant sur le fait, sans envisager la question du droit, n'a pas cet empire. D'un autre côté les mesures qu'il ordonne sont bien provisoires, mais, étant donné les circonstances, c'est un provisoire qui prend une durée exceptionnelle, se chiffrant par années ; là encore le pouvoir normal du référé se trouve dépassé.

Somme toute, sous la rigueur des événements, la jurisprudence, dans son ensemble, s'est ralliée à une attitude conciliante ; elle n'a pas voulu, au regard de sa femme, placer le mobilisé au-dessus des lois : tout en le protégeant elle lui a imposé son contrôle. Peut-être parce qu'il y avait entre les époux une certaine séparation, elle a fait brèche au principe de la souveraineté maritale. C'est qu'elle a bien vu que le droit strict eut conduit ici à la plus grande injustice.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

> Ce qui reste vrai, à travers toutes nos misères, à travers toutes les injustices commises ou subies, c'est qu'il faut faire un large crédit à la nature humaine...
>
> . . . . . .
>
> Oui, les hommes qui ont confiance en l'homme... affirment avec une certitude qui ne fléchit pas, qu'il vaut la peine de penser et d'agir, que l'effort humain vers la clarté et le droit n'est jamais perdu. L'histoire enseigne aux hommes la difficulté des grandes tâches et la lenteur des accomplissements, mais elle justifie l'invincible espoir.
>
> JEAN JAURÈS, *Discours à la Jeunesse.*

Parvenu ainsi au haut de la route que nous nous étions tracée, retournons-nous un moment, avant de scruter le vaste horizon qui s'ouvre devant nous, et contemplons le chemin parcouru.

La femme qui semblait de prime abord ne devoir, à raison de son sexe même et de sa situation de non combattante, être touchée en rien par la guerre, en a cependant subi gravement les répercussions. Elle n'a pas été entraînée dans la bataille, du moins de façon légale et obligatoire ; mais son compagnon d'existence y a été jeté. Elle avait pris mari pour ne pas accomplir seule la longue étape de la vie ; par là elle

s'était donné un ami et un protecteur, un tuteur parfois, un maître même à l'occasion. Désormais séparée de son soutien, solitaire sans être libre, elle souffrira doublement : mutilée dans son affection, elle le sera en outre dans sa capacité. Elle sera atteinte dans sa personnalité en même temps que dans son cœur. En s'en allant, son conjoint emportera avec lui la gaieté du foyer, la source — ou l'une des sources — de ses revenus, le moyen de remédier à l'inhabileté de sa maîtresse. Celle-ci sera laissée avec sa peine, sans ressources comme sans aptitude juridique. De sorte qu'une fois de plus les faits viendront prouver à la femme que pour elle, contrairement à ce que proclame le Code, se marier n'est pas s'émanciper.

C'est cela surtout que la guerre a mis nettement en lumière. Chose qui se manifestait déjà d'ailleurs auparavant, mais que la grandeur des événements a rendu plus tangible et plus saisissante. C'est cette idée générale qu'il nous est maintenant possible de dégager de cette étude : le minimum de personnalité reconnu par le Code à l'épouse ne lui est même plus assuré au cas où son mari est retenu loin d'elle.

A cet égard les dispositions du Code relatives à la condition de la femme, et qu'il est permis de ranger en trois catégories, nous ont montré combien, en une telle occurrence, la situation de la gardienne du logis était précaire et inhumaine.

A. — *L'épouse ne peut plus alors obtenir de son mari tout ce qui lui est nécessaire pour vivre, selon l'article* 214.

C'est malheureux, mais forcé, si celui-ci se trouve lui-même, par suite de sa mobilisation, privé de ressources. C'est plus malheureux encore, et cela n'a rien d'obligé, si le

chef du ménage dispose de revenus, soit en tant que propriétaire de biens propres, soit en tant qu'usufruitier ou administrateur d'une communauté usufruitière des biens propres de la femme.

En cette seconde hypothèse l'épouse devrait avoir faculté de réclamer en justice à son conjoint l'exécution de son obligation alimentaire. De tous les devoirs que ce dernier a assumés en se mariant, c'est l'un des plus sacrés. En y manquant, ce n'est pas seulement le Code qu'il viole, c'est aussi la foi jurée, la conscience, et s'il détient des meubles ou immeubles, propriétés de sa compagne, la simple honnêteté Nous avons tenté de le justifier : aucune raison ne s'oppose en législation et même dans notre droit, à l'admission d'une pareille action. Cependant la jurisprudence, inféodée au dogme de la prééminence maritale nécessaire, refuse en général à la femme une semblable liberté. En convolant en justes noces, celle-ci s'est donné un chef : elle a abdiqué tout initiative entre ses mains. Le Code a voulu que le maître du ménage soit l'unique dispensateur de ses deniers : il lui a octroyé, dans les conditions qu'il établit, un pouvoir entier : nul ne saurait enfreindre ses prescriptions. Dire au mari qu'il sera tenu de fournir à son épouse une certaine somme par période fixée, c'est empiéter sur ses attributions ; c'est battre en brèche son rôle de directeur de l'association ; c'est méconnaître la pensée du législateur. Ce que celui-ci a décidé doit être respecté. *Dura lex sed lex.*

La jurisprudence dans son ensemble, négligeant l'importance des événements nouveaux, maintint ainsi strictement son langage traditionnel. L'infortune de la femme, accrue encore par la rigueur des temps, ne parvint pas à la fléchir : l'égoïsme du mari la laissa indifférente. Il fallait que les principes, base de l'ordre social ou tout au moins d'un certain

ordre social fondé sur la puissance souveraine d'un seul, fussent sauvegardés. Et c'est à peine si quelques rares juridictions, ébranlées par la dureté exceptionnelle des circonstances, proposèrent timidement des solutions mitigées.

Les unes, incitant l'épouse à formuler une demande en divorce, lui reconnurent en ce cas le droit d'obtenir des mesures conservatoires en exécution de l'article 242 du Code Civil : notamment de faire nommer un séquestre à ses biens, avec charge pour lui de les garder et de verser à leur légitime propriétaire un émolument déterminé. Moyen d'une légalité douteuse, comme nous l'avons remarqué autrefois, et qui ne remplit pas le but qu'il poursuit : pour procurer à la femme mariée les ressources dont elle a besoin pour vivre, il la pousse à rompre le lien conjugal, et à se rendre indépendante de celui qui lui a promis l'entretien et méconnaît sa parole. Moyen insuffisant aussi : l'existence de la délaissée sera uniquement assurée par ses revenus personnels, puisque les tribunaux restreignent le séquestre à ses biens propres et ne lui permettent pas de toucher à ceux de la communauté, ni *a fortiori* à ceux du chef du ménage. Celui-ci, malgré le palliatif concédé et contrairement aux exigences du Code, ne contribuera donc pas à la subsistance de sa compagne.

Les autres, secouant davantage les résistances coutumières, reconnurent à la femme le droit de saisir le juge des référés et d'obtenir de lui une ordonnance prescrivant une retenue administrative sur la solde de son mari. Cette fois, sans que le mot y soit, la chose y est : c'est une pension alimentaire qui est accordée à l'épouse, ou mieux une provision — ce qui rend le référé licite ; et la mesure porte sur les biens du mari. Toutefois c'est encore un procédé détourné : il saisit

les ressources du maître de l'association conjugale avant qu'elles soient à sa disposition. C'est l'administration qui sert pour lui une pension à sa femme : ce n'est pas lui qui la lui fournit. Il est vrai de dire cependant que le juge voyait ici sa liberté limitée par les dispositions de protection instituées en faveur du mobilisé, spécialement par l'interdiction de toute exécution à son encontre. La contrainte directe étant impossible, il lui fallait recourir à une coercition indirecte. Ce n'en est pas moins un procédé insuffisant également : il n'atteint pas les autres ressources du mari. Si celui-ci, sans toucher de solde, conserve des revenus certains, commerciaux, industriels, ou quelconques, il les gardera quittes de toute discussion.

En réalité, séquestre et retenue de solde constituent tous deux des mesures de circonstance. Dans l'un comme dans l'autre cas,pour donner satisfaction à la femme,le magistrat cherche avant tout à utiliser la situation respective des conjoints. Il profite de celle que les événements font au chef du ménage ou de celle que le contrat de mariage a réservée à sa compagne, pour procurer à cette dernière l'indispensable à la vie. Il s'efforce toujours de se montrer opportun : il n'a jamais essayé de se révéler juge et juste. En aucune occasion il n'a osé renverser franchement l'édifice coutumier et proclamer le droit à l'existence de l'épouse. En aucune occurrence il n'a osé poser en termes exprès le principe qui se dégage pourtant du Code, et dire, avec l'article 214 : le mari est obligé de fournir à sa femme tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie.

On serait tenté de croire, à lire les textes promulgués au début de la guerre, que l'Exécutif a eu sur ce point plus de hardiesse que le Judiciaire, et qu'il a taché de mettre cette idée en œuvre. Le décret du 9 octobre 1914 n'est-il pas

venu créer une Délégation de solde d'office, s'ouvrant en dehors de toute initiative du militaire intéressé et s'imposant à lui par sa seule abstention ? Et cette mesure n'a-t-elle pas été prise précisément pour remédier aux défauts des dispositions antérieures sur la matière, celles de la loi du 10 janvier 1912, qui permettait cette Délégation, mais en laissait l'organisation à la libre volonté du concédant ? Les mobilisés ne s'étant nullement montrés disposés à user de cette faculté légale pour procurer à leur compagne une subsistance en rapport avec leurs ressources, le Gouvernement a jugé utile d'intervenir pour leur rappeler leurs devoirs : de là l'institution d'office.

En vérité le système nouveau est bien plus une velléité de réforme qu'une réforme véritable. Une restriction que, par respect sans doute de la tradition, entretenue par la doctrine jurisprudentielle, et par peur de l'interventionnisme, le Gouvernement a estimé indispensable, lui enlève tout caractère d'efficacité : le militaire, en effet, a pouvoir de s'opposer à la Délégation ouverte à son nom. La seule protestation de l'intéressé suffira pour faire tomber la mesure que l'on se proposait de lui imposer. De sorte qu'ici aussi l'entretien de l'épouse dépend du caprice de son mari. On a pensé que s'il était permis de suppléer à son silence, il ne l'était pas d'aller à l'encontre de sa volonté manifestée. Les prérogatives du chef du ménage existent donc toujours dans son intérêt propre, et non en faveur de ceux que l'on a placés sous sa protection ! Pour réaliser un progrès l'Administration a épousé l'opinion d'une jurisprudence étroitement attachée à la lettre du Code de 1804 !

Cependant il y a là une idée digne d'attention. Bien agencée et munie d'une sanction véritable, sa réalisation aurait été susceptible de rendre de grands services. Avant tout

il fallait ne pas laisser l'acquittement de la dette à la discrétion arbitraire du débiteur. Nous avons signalé ce point en son heure, et nous nous contentons à présent d'indiquer le mécompte auquel a abouti ce régime hybride.

B. — La Mère ne peut pas légalement exercer vis-à-vis de ses enfants les droits que le Code lui reconnaît en puissance.

Telle est la théorie qui l'emporte en doctrine et en pratique. Nous nous sommes efforcé de montrer qu'il y avait là une méconnaissance du but de l'autorité parentale (elle existe dans l'intérêt de l'enfant et non dans celle du père), de l'avantage du mineur, et même, en une certaine mesure, de l'esprit des rédacteurs du Code. Et nous avons essayé de prouver également que rien en raison, ni en équité, ni, à bien les entendre, dans les textes, ne défendait de transférer le pouvoir à la mère en cas de non présence de son mari. Agissant ainsi, on réaliserait l'harmonie entre le fait et le droit, on conférerait à la femme mariée une situation juridique en concordance avec la position qu'elle occupe dans la société dès le départ de son conjoint. Mais en grande majorité les commentateurs estiment que la législation actuelle impose une solution contraire.

N'ayant pas permission d'intervenir d'elle-même dans les questions que soulèvent l'entretien et l'éducation des enfants, la mère aura-t-elle à tout le moins faculté d'obtenir de la justice l'autorisation de remplacer par exception le titulaire de la puissance retenu au loin ? Ici encore les interprètes ne

sont pas d'un avis unanime. Certains tribunaux se sont cru parfois en droit d'accorder une semblable habilitation, tout au moins quand il y avait urgence et que l'on démontrait l'impossibilité du chef de famille à exercer ses pouvoirs. D'autres, s'en tenant strictement à la lettre du Code qui n'a pas prévu la non présence, et entendant sauvegarder en dépit de tout les prérogatives du père dont l'existence n'était point incertaine, la refusaient, dût l'enfant en souffrir.

C'est cette dernière doctrine que par son initiative du 3 juillet 1915 le législateur moderne semble avoir confirmée. Se rendant compte à cette époque que l'éloignement du dépositaire de l'autorité parentale était susceptible de durer un long temps, et par là de préjudicier de grave façon aux intérêts de ses descendants, il ressuscita des dispositions prises plus hâtivement lors de la guerre de 1870-71. Il décida que, durant les hostilités, la femme mariée exercerait à l'égard de ses enfants les droits reconnus par le Code à leurs auteurs, pourvu que les tribunaux aient constaté et l'urgence de l'affaire et l'impossibilité pour son conjoint, empêché par la guerre, de remplir sa mission en personne.

De combien de précautions, à son tour, le législateur n'entoure-t-il pas l'intervention de la maîtresse du foyer ? Que de ménagements il prend pous conserver intacte la prédominance du père ! On croirait que celui-ci a encore sur sa progéniture quelque chose de comparable au *jus vitae necisque* de la Rome antique ! On croirait que la mère n'est vis-à-vis de ses enfants, sinon que *loco sororis*, du moins qu'une personne d'une qualité et d'un rang inférieurs à ceux de son époux !

Tentative de réforme ici également plus que réforme réelle. La mère n'agira pas seule et *proprio motu* : il lui faudra au préalable obtenir l'assentiment de la justice, et pour cela il

faudra que celle-ci reconnaisse l'existence des raisons mentionnées tout à l'heure. De sorte que deux femmes dont le mari est éloigné de façon durable pourront se trouver dans deux situations différentes. Celle dont le conjoint est empêché par des événements de guerre obtiendra licence d'agir par elle-même. Celle dont l'époux est empêché par des circonstances d'une autre nature ne sera pas autorisée à intervenir en personne. Harmonie de la législation ! D'autre part ce régime exceptionnel est limité à la durée des hostilités. Comme nous l'avons dit déjà par ailleurs, ces dernières achevées la faculté concédée à la mère sera épuisée. Que des situations nouvelles, analogues à celles que les heures présentes ont fait naître, viennent à surgir, et l'on retombera dans l'incertitude du passé ! Prévoyance et Progrès !

C. — *La Femme ne peut plus utiliser le minimum de capacité que le Code lui attribue*

Grâce à la fiction du Mandat tacite élaborée par la jurisprudence, et maintenue par elle en cas de non présence du mari, l'épouse peut encore en une telle occurrence se procurer les choses les plus indispensables à la vie. Toutefois en ce temps de guerre cet organisme aura été d'une moindre importance pour la femme. Pour qu'il joue véritablement, en effet, il faut supposer que les tiers en rapport avec la maîtresse de maison lui fassent confiance, eu égard à la condition de son conjoint qu'ils connaissent. Or, nous l'avons remarqué en étudiant ce problème, c'est une hypothèse qui ne se rencontrera pas souvent en ce moment : les difficultés économiques de toutes sortes, l'incertitude et l'insécurité du

lendemain, ont raréfié le crédit et l'ont pour ainsi dire anni-hilé. Toutes les opérations, fussent-elles de minime intérêt, se traitent au comptant. De là pour l'épouse qui n'a pas à sa disposition les fonds voulus un renforcement de son incapacité. Même un mandat exprès du mari, sauf si la position de celui-ci sur la place est solide et bien établie, ne saurait remédier à cet état fâcheux, conséquence inévitable des circonstances.

D'un autre côté, que la femme veuille passer un acte ou plaider pour son compte propre, elle se trouvera arrêtée pareillement, eût-elle l'argent en mains cette fois. C'est son incapacité qui viendra maintenant l'entraver. Pour s'en libérer et acquérir l'aptitude nécessaire, il lui faut en général obtenir une autorisation de son conjoint. Ce ne lui est déjà pas toujours facile en temps normal, alors que son mari est près d'elle au foyer. Ce le lui sera beaucoup moins encore à l'époque actuelle, où son compagnon vit au loin. Cependant une doctrine constante décide qu'en cas de non-présence du chef du ménage, l'épouse devra quand même pour agir solliciter son habilitation. Le recours à la justice ne lui est pas ouvert en une telle occurrence. Nous avons tenté ici aussi de rechercher si cette solution s'impose de toute nécessité. Et à cet égard nous avons vu qu'à la théorie traditionnelle fondée avant tout sur la lettre du Code qui ne range pas cette hypothèse de non présence parmi celles donnant à la femme accès au prétoire, et sur le désir, jamais oublié et toujours renouvelé, de sauvegarder les prérogatives maritales, il est permis d'en opposer une autre, nullement en désaccord avec les textes et appuyée par la logique et l'utilité sociale. Selon nous il est possible dans notre droit actuel d'autoriser en pareil cas l'épouse à s'adresser à la justice. L'obliger à requérir et à attendre le consentement de

son conjoint, c'est l'exposer sans raison à de gros risques.

Cette crainte du préjudice n'a pourtant pas retenu les scrupules des interprètes. Pour ceux-ci le silence des textes équivaut à une exclusion : puisque le Code ne parle pas du droit de la femme en semblable circonstance, c'est qu'il le proscrit.

Opinion à courte vue, et d'une rigueur excessive, surtout si l'on songe que les textes qui la dicteraient ont dû pourvoir aux besoins de nombreuses périodes de guerre. Il est vrai qu'au début du siècle dernier les tractations et l'activité de l'épouse n'avaient pas l'importance qu'elles ont prises à notre époque.

Opinion qui, à l'extrême, se conçoit encore en temps normal où les absences du chef du ménage ne sont que de brève durée, mais qui conduit à une impuissance complète quand l'éloignement prolongé se complique de difficultés et parfois d'impossibilité de communication. Néanmoins ce fut à cette situation que la femme fut réduite pendant la première année des présentes hostilités.

Quand, le 3 juillet 1915, le législateur vint remettre à jour les précédents de la guerre de 1870-71, il reconnut par là la prédominance de la doctrine en cours, et en même temps la condamna. Il accorda à l'épouse le droit que les commentateurs lui refusaient : toutefois il ne le lui accorda qu'à titre momentané, faisant ainsi sienne la théorie coutumière. En sorte que tout en trouvant exagérée l'interprétation traditionnelle et en la repoussant pour l'heure, il lui restituait aussi vite sa pleine valeur pour le lendemain de la guerre !

Texte de circonstance en somme dans cette partie comme dans l'autre, la loi de 1915 soulève encore ici la même critique que précédemment. Ce n'est pas une réforme véritable. C'est

un palliatif transitoire à des inconvénients que les événements contemporains ont rendu par trop criants. Son effet cessera au jour où ceux-ci cesseront. La paix rétablie, le système du Code reprendra tout son empire. Que la femme vienne alors à se trouver dans une situation analogue à celles que les circonstances actuelles lui font, elle ne pourra solliciter le concours de la justice, et devra attendre le retour au foyer de son conjoint, ou son bon vouloir. Mieux. Qu'une épouse voie en ce moment son mari retenu au loin pour des raisons ne touchant en rien à la guerre, elle n'aura pas faculté de demander au Tribunal l'habilitation dont elle a besoin. Cette faveur — d'après la loi, c'en est une — est réservée à celle qui souffre directement des hostilités, lors même que son mari n'y participerait pas. Pourtant quelle différence trouve-t-on entre ces deux femmes ? Pourquoi l'une est-elle préférée à l'autre ? On serait bien embarrassé pour nous le dire, car l'on n'a pas examiné la question. On s'est contenté de reprendre des dispositions d'autrefois, sans idée directrice et sans étudier leur portée.

Heureusement la jurisprudence, continuant à développer une tendance déjà ancienne chez elle, s'est efforcée de diminuer la subordination de l'épouse. Grâce à la fiction du Mandat tacite, implantée dans des domaines de plus en plus nombreux, elle parvient à atténuer la rigueur du Code. Souvent même, elle en tourne les dispositions concernant l'incapacité : en maintes occasions le Mandat tacite n'a du mandat que le nom, et cache une véritable autorisation. Cela a permis à la femme, dont, depuis la guerre, les services ont tant été réclamés sur le marché du travail, de s'engager en toute liberté. Cela lui a permis aussi de passer seule des actes relatifs aux biens de la communauté et même peut-être à ses biens propres. Cependant ce n'est là qu'un détour dont l'admission

est laissée à l'arbitraire du juge. D'autre part, dans cette conception, ce n'est pas l'épouse elle-même qui traite, c'est le mari par son intermédiaire. Loin d'accroître la personnalité de la femme, ce système l'annihile bien plutôt. Néanmoins, ce point de vue réservé, il n'aura pas été sans rendre des services.

A cet égard, il n'est pas téméraire de présumer que si le législateur de 1915 n'était pas intervenu, la jurisprudence se serait servi de cette notion du mandat tacite pour tenter de donner satisfaction aux besoins de la pratique. Poursuivant l'œuvre de réformation prétorienne qu'elle a déjà menée fort avant en cette matière, elle se serait ingéniée à subvenir par là aux inconvénients de l'autorisation. La confusion des deux principes aurait augmenté, mais l'initiative de la femme aurait été sauvegardée. Sa condition de droit n'aurait pas varié, celle de fait se serait développée. Et en fait la femme aurait agi d'elle-même, et non plus sous la tutelle de la justice. Sous une explication erronée, elle aurait eu plus d'indépendance. A défaut d'un changement du système légal, et à ne considérer que le point de vue pratique, ce n'eut pas été un mal.

***

De ce bref rappel des problèmes généraux qui nous ont préoccupés au cours de ce travail, deux ordres de conclusions nous semblent se dégager. Tout d'abord il importe d'assurer à la femme dans les limites de la législation actuelle le respect des quelques avantages que celle-ci est susceptible de lui fournir. Ensuite il importe d'envisager la réforme de la légis-

lation contemporaine relative à la condition de l'épouse, et de faire de cette dernière ce qu'elle doit être dans le mariage : une associée et non une subordonnée. *Uxor non est socia sed speratur fore* ! En sorte que l'œuvre de l'émancipation de la femme mariée comprend pour ainsi dire deux programmes, d'importance et d'urgence différentes.

De l'un, on conçoit dès à présent la mise en application. Celui-là réalise un minimum, améliorant la situation de l'épouse dans ses défauts les plus élémentaires et les plus fréquemment préjudiciables à celle que non sans ironie l'on appelle la maîtresse du foyer. Il est donc d'exécution simple : il doit être par là même d'exécution prompte. *Il faut assurer l'entretien de la femme, lui reconnaître les droits d'autorité parentale durant la non présence de son conjoint, et lui conférer en un tel cas entière capacité.* Sur ces trois points les mesures que la guerre a rendu obligatoires indiquent la nécessité d'une réglementation nouvelle et tracent la voie aux réformateurs de demain. Aux timides initiatives temporaires doivent succéder des textes définitifs et conformes aux principes de liberté et d'égalité que cet effroyable drame aura fini par consacrer : les idées qui présideront désormais aux rapports entre nations ne sauraient sans paradoxe manquer de régir également ceux des individus d'un même pays. Aussi, pour rendre à l'épouse les attributs de la personnalité, il importe de la munir à bref délai d'une véritable action en pension alimentaire à l'encontre de son mari, seul moyen de la mettre à l'abri du besoin et d'investir l'article 214 de l'efficacité qu'il semble avoir et ne possède point. Il importe pareillement de lui permettre, au jour où son conjoint n'est plus près d'elle, de prendre la direction de la famille, de surveiller les enfants, de pourvoir à leur éducation et à l'administration de leurs biens, de traiter avec les tiers pour leur

compte à eux et pour le sien propre, de plaider, en un mot d'effectuer seule et sans aucune autorisation judiciaire tous les actes que la vie l'amène à passer. Telle est la première étape à franchir.

Cela fait, viendra alors le moment d'aborder le second programme. Celui-ci réalise une opération plus vaste, réclamant une étude plus approfondie, et par là même d'exécution moins rapide et moins aisée. En conséquence il convient de reprendre sans retard son examen tant de fois tenté déjà, et de se hâter de rechercher des solutions. ***Suppression complète de l'Incapacité de la Femme mariée et Changement du Régime Matrimonial de droit commun***, voilà ses deux éléments, voilà à cet égard les deux réformes qu'il est devenu indispensable d'envisager et de préparer.

L'une n'est que la continuation et l'aboutissement naturel de l'œuvre signalée précédemment. Ce n'est pas seulement en l'absence de son mari que l'épouse doit avoir capacité, c'est aussi en face de lui ; ce n'est pas simplement l'intérêt du ménage et de la famille qu'il faut sauvegarder, c'est encore le droit propre de la femme : sa personnalité donne le pouvoir de le faire ; sa dignité l'exige. L'autre est tout autant, et plus peut-être même, la condition du relèvement de l'épouse. Point ne suffit d'accorder à celle-ci l'indépendance juridique pour l'élever au rang de son conjoint : le régime patrimonial actuel subsistant la placerait toujours sous l'autorité de ce dernier quant à ses biens. Il est donc nécessaire de la libérer de ce côté aussi, et pour cela de lui laisser la gestion comme la propriété de tout ce qu'elle possède au jour du mariage et acquiert par la suite. Bien entendu un tel organisme ne serait pas exclusif de la constitution d'une certaine union réelle, formée tant à l'aide des produits du labeur personnel des deux conjoints que des revenus de leurs propres — dans une

mesure déterminée — pour fournir au ménage un entretien continu et sûr. En outre il serait bon, afin d'établir un équilibre aussi exact que se peut entre les situations des deux parties, de pourvoir à la rémunération du travail domestique et familial de la femme, notamment par une participation de même taux que son mari au partage du fonds commun, malgré une contribution constitutive inférieure à la sienne. Si une institution matrimoniale de ce genre avait fonctionné, l'épouse aurait pu, en dépit de la guerre, trouver au foyer les subsides dont elle avait besoin pour vivre, et les affecter d'elle-même à son entretien comme à celui de ses enfants. Son patrimoine ne se serait pas vu tout à coup privé de son gérant et abandonné : nonobstant les événements elle en eut poursuivi l'administration : elle eût même été en état de prendre en mains celle du ménage et de ses ressources, garantissant ainsi à la fois l'avenir de sa fortune et celui de la famille. Nouvel avertissement que les circonstances nous donnent : nouvelle invitation à modifier la réglementation vieillie de notre Code.

Pour nous, il ne nous est malheureusement pas possible d'examiner ici tous les enseignements qui se dégagent de cette époque formidable, et nous devons nous contenter de les indiquer (1). Mais l'heure du législateur semble venue : le moment pour agir paraît opportun. Il n'est pires misères qui ne soient l'occasion de leçons et de profits. Elles soumettent les institutions à des épreuves permettant de mieux juger de leur souplesse et de leur bienfaisance. Elles révèlent leurs véritables insuffisances et leurs défectuosités réelles. En même temps elles font saillir les avantages que ces organisa-

(1) *Les conditions actuelles de l'édition ne nous permettent pas de publier en ce moment l'étude de ces questions que nous avons faite.*

tions pourraient avoir. Elles découvrent que dans le mal tout n'est peut-être pas également mauvais : elles rendent un départ plus facile et suggèrent une sélection. L'exagération conduit souvent au juste milieu, qui, si nous en croyons nos pères, est le domaine de la Sagesse et du Bien : *In medio stat Virtus.*

Vu par le Professeur,
Président de la thèse,
R. PIÉDELIÈVRE

Vu :
Le Doyen,
F. LARNAUDE.

Vu
et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris,
POINCARÉ

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES ET TRAVAUX DE FOND

Nous ne mentionnons pas ici toutes les études citées au cours de cet Essai, mais seulement celles qui ont un caractère général, ou dont nous nous sommes plus particulièrement inspiré.

AFTALION (Albert), *La Femme Mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires*, Paris, 1899, 1 vol. in-8°.

AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil*, 4e édit., Paris, 1869, 8 vol. in-8°, 5e édit., Paris, 1897-1917, t. I à V, VII à IX, 8 vol. in-8°.

BARCLAY (Thomas), *La Femme Anglaise*, Paris, 1896, 1 vol. in-8°.

BASSET (Henri), *Le Rôle de la Femme Mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'Association Conjugale. Thèse*, Paris, 1896.

BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil*, 10e édit., Paris, 1908-1910, 3 vol. in-8°.

— et BARDE, *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des Obligations*, 3e édit.; Paris, 1906-1908, 4 vol. in-8°.

— et HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des Personnes*, 3e édit., Paris, 1907-1908, 5 vol. in-8°.

— et LE COURTOIS et SURVILLE, *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Du Contrat de Mariage*, 3e édit., Paris, 1906, 3 vol. in-8°.

— et WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Du Contrat de Louage*, 3e édit., Paris, 1906-1907, 2 tomes en 3 vol. in-8°.

BEAUMANOIR (Philippe de), *Coutumes de Beauvaisis*, édition Salmon, Paris, 1899-1900, 2 vol. in-8°.

BERTHÉLÉMY (Henri), *Communes et Gaziers. Revue Politique et Parlementaire*, 10 juillet 1917.

BEUDANT (Charles), *Cours de Droit Civil français. L'Etat et la Capacité des Personnes*, Paris, 1896-1897, 2 vol. in-8°.

BIANCHI (Emilio), *Del Contratto Di Matrimonio*, Parte XII de *Il Diritto Civile Italiano*, t. I, Naples, 1891, 1 vol. in-8°.

BINET (Pierre), *La Femme dans le Ménage, Thèse*, Nancy, 1904, 1 vol. in-8°.

— *Note sur la Séparation de fait entre époux*, sous Paris, 5 février 1904, au D., 1905.2.249.

BLACKSTONE (William), *Commentaries on the Laws of England*, New édition, London, 1811, 4 vol. in-4°.

BOISTEL (Alphonse), *Le Droit dans la Famille*, Paris, 1864, 1 vol. in-8°.

BRISSAUD (Jean), *Cours d'Histoire du Droit Français*, Paris, 1904, 2. vol. in-8°.

BRUNET (Maurice), *La Guerre et les Contrats*, Paris, 1917, 1 vol. in-8°.

CAPITANT. V. COLIN et CAPITANT.

— *Note sur la Force Majeure*, sous Paris, 21 déc. 1916, D., 1917.2.33.

CÉZAR-BRU. V. GARSONNET et CÉZAR-BRU.

CHÉRON (Albert), *De la Contribution des Epoux aux charges du Ménage. Revue de Droit civil*, 1909.

CHIRONI et ABELLO, *Trattaro Di Diritto Civile Italiano*, Turin, 1904, tome I, 1 vol. in-8°.

COGLIOLO (Pietro), *La Legislazione di Guerra*, Turin, 1916, 1 vol. in-8°.

COQUILLE (Guy), *Questions et Responses sur les Coustumes de France*, Paris, 1634, 1 vol. in-8°.

COLIN et CAPITANT, *Cours Elémentaire de Droit Civil Français*, Paris, 1914-16, 3 vol. in-8°.

COVIELLO (N.), *Manuale Di Diritto Civile Italiano*, Rome-Milan, 1910, 1 vol. in-8°.

DE LOYNES, *Note sur l'Attribution de la Puissance Parentale au père seul durant le mariage*, Dalloz, 1891.2.73.

DELSOL (J.-J.), *Explication du Code Napoléon*, 2e édit., Paris, 1867, 3 vol. in-8°.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *Cours Analytique de Code Civil*, 3e édit., Paris, 1895, 3 vol. in-8°.

DEMOGUE, *Commentaires et Notes divers* dans la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1915-1916-1917.

DEMOLOMBE, *Cours de Code Civil*, Paris, 1845-1882, 31 vol. in-8°.

DE RUGGIERO (Roberto), *Istituzioni Di Diritto Civile*, 2e édit., Naples, 1915, 2 vol. in-8°.

DURANTON, *Cours de Droit Français suivant le Code civil*, Paris, 1825-1842, 22 vol. in-8°.

EARL of HALSBURY (The), *The Laws of England*, London, 1907-1917, 38 vol. in-4°.

FENET, *Recueil des Travaux Préparatoires du Code Civil*, Paris, 1836, 15 vol. in-8°.

FIORE (Pasquale), *Il Diritto Civile Italiano*, Naples, 1891-1917, 37 vol. in-8°.

GARSONNET et CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de Procédure Civile et Commerciale*, 3e édit., Paris, 1912-1915, 6 vol. in-8°.

— *Précis de Procédure Civile*, 7e édit., Paris, 1911, 1 vol. in-8°.

GASTAMBIDE (Maurice), *L'Enfant devant la Famille et l'Etat, Thèse*, Paris, 1902, 1 vol. in-8°.

GIDE (Paul), *Etude sur la Condition Privée de la Femme*, 2e édit., par Esmein, Paris, 1885, 1 vol. in-8°.

GLASSON (Ernest), *Eléments de Droit Civil Français*, nouv. édit., Paris, 1884, 2 vol. in-8°.

— *Précis de Procédure Civile*, 2e édit. par Tissier, Paris, 1908, 2 vol. in-8°.

GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Mariage*, 3e édit., Paris, 1888-1889, 7 vol. in-8°.

HAURIOU, *Principes de Droit Public*, 2e édit., Paris, 1916, 1 vol. in-8°.

HUBER (Eugène), *Exposé des Motifs de l'Avant-Projet du Code Civil Suisse*, édit. Büchler, Berne, 1901-1902, 3 vol. in-8°.

HUBERT (Frédéric), *Essai d'une Théorie Juridique de la Délégation en Droit français, Thèse*, Poitiers, 1899.

HUC (Théophile), *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 1892-1903, 15 vol. in-8°.

— et ORSIER, *Code Civil Italien*, Traduction, Paris, 1868, 2 vol. in-8°.

HUSSON, *La Séparation de Fait entre Epoux, Thèse*, Toulouse, 1914.

IHERING, *L'Esprit du Droit Romain*, Traduction De Meulenære, 3e édit., Paris, 1880-1903, 5 vol. in-8°.

— *La Lutte pour le Droit*, Traduct. De Meulenære, Paris, 1890, 1 vol. in-8°.

JAPIOT (René), *Traité théorique et pratique du Droit Procédural de la Guerre*, Paris, 1916, 8 fasc. in-8°.

— *Les Instances et Saisies contre les Mobilisés. Revue Politique et Parlementaire*, 10 août 1917.

JENKS (Edward), *A Digest of English Civil Law*, London, 1905-1917, 11 vol. in-4°.

JÈZE (Gaston), *Principes de Droit Administratif*, 2e édit., Paris, 1914, 1 vol. in-8°.

LACOUR (Léon), *Note au Dalloz*, 1916.2.161.

LALOU (Henri), *Les Droits de la Femme Mariée sur les produits de son travail et les produits du travail de son mari*, Paris, 1910, 1 vol. in-8°.

LANEYRIE et DUBOIS, *Traduction du Code Civil Portugais. Collection du Comité de Législation Etrangère*, Paris, 1906, 1 vol. in-8°.

LAROMBIÈRE (M.-L.), *Théorie et Pratique des Obligations*, nouv. édit., Paris, 1885, 7 vol. in-8°.

LAURENT (F.), *Principes de Droit Civil Français*, 3e édit., Bruxelles et Paris, 1878, 33 vol. in-8°. Supplément, Bruxelles et Paris, 1896-1903, 8 vol. in-8°.

LE COURTOIS et SURVILLE, *La Loi du 13 juillet 1907 sur le Libre Salaire de la Femme Mariée*, Paris, 1908, 1 brochure in-8°.

LEHR (Ernest), *Eléments de Droit Civil Anglais*, 2e édit., Paris, 1906, 2 vol. in-8°.

— *Eléments de Droit Civil Espagnol*, Paris, 1880-1890, 2 vol. in-8°.

— *Etudes sur le Droit Civil des Etats-Unis de l'Amérique du Nord*, Paris, 1906, 1 vol. in-8°.

LELOIR (G.), *Code de la Puissance Paternelle*, Paris, 1892, 2 vol. in-8°.

LEVÉ, *Traduction du Code Civil Espagnol*, Paris, 1890, 1 vol. in-8°.

LOCRÉ, *La Législation Civile, Commerciale et Criminelle de la France*, Paris, 1827-1832, 31 vol. in-8°.

LOYSEL (Antoine), *Institutes Coutumières*, édition Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, 2 vol. in-8°.

LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, 4e édit, Paris, 1906-1916, 9 vol. in-8°.

LYON-CAEN (Léon), *La Femme Mariée Allemande, Thèse*, Paris, 1901, et Paris, 1903, 1 vol. in-8°.

MALNOURY, *L'Etat de Guerre et ses Conséquences Juridiques*, Besançon, 1914, 1 vol. in-8°.

MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code Civil*, 8e édit., Paris, 1885-88, 6 vol. in-8°.

MASSÉ et VERGÉ. V. Zachariæ.

MERLIN, *Répertoire de Jurisprudence*, 5e édit., Bruxelles, 1825-1828, 36 vol. in-8°.

MORIZOT-THIBAULT (Charles), *De l'Autorité Maritale*, Paris, 1899, 1 vol. in-8°.

ORSIER, V. Huc et Orsier.

PACCHIONI (Giovanni), *Elementi Di Diritto Civile*, Turin, 1916, 1 vol. in-8°.

PARMENTIER, *Des Aliments entre Epoux en Droit Français et en Droit Comparé, Thèse*, Paris, 1901.

PICARD (Edmond), *Le Droit Pur*, Paris, 1908, 1 vol. in-8°.

PICHON (A.), *Du Libre Salaire de la Femme Mariée et de la Contribution des Epoux aux Charges du Ménage. Loi du 13 juillet 1907. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1908.

PLANIOL (Marcel), *La Très Ancienne Coutume de Bretagne*, Rennes, 1896, 1 vol. in-8°.

— *Traité Elémentaire de Droit Civil*, 5e édit., Paris, 1908-10, 3 vol. in-8°, 6e édit., Paris, 1911-13, 3 vol. in-8°.

— *Note sur la Force Majeure*, D., 1891.1.329.

POTHIER, *Œuvres*, édit. Bugnet, Paris, 1845-1862, 11 vol. in-8°.

PROUD'HON, *Traité sur l'Etat des Personnes*, 3e édit. par Valette, Paris, 1842-1848, 2 vol. in-8°.

PRUDHOMME, *Traduction du Code Civil Italien*, Paris, 1896, 1 vol. in-8°.

ROGUIN (Ernest), *Traité de Droit Civil Comparé. Le Mariage*, Paris, 1904, 1 vol. in-8°. *Le Régime Matrimonial*, Paris, 1905, 1 vol. in-8°.

SALEILLES, *La Condition Juridique de la Femme dans le Nouveau Code Civil allemand. Réforme Sociale*, 1901.

— Préface à l'ouvrage de M. Léon Lyon-Caen, *La Femme Mariée Allemande*. V. le dit.

SALMOND (John), *Jurisprudence*, 5e édit., London, 1916, 1 vol. in-8°.

SCHAFFHAUSER, *De l'Influence de la Guerre sur les Contrats. Lois Nouvelles*, 1915, 1, p. 25 et suiv.

SERBESCO, *Effets de la Guerre sur l'Exécution des Contrats. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1917, p. 349.

SIMONET, *Traité Elémentaire de Droit Public et Administratif*, 4e édit., Paris, 1902, 1 vol. in-8°.

STUART MILL, *On Subjection of Women*, Traduction Cazelles, Paris, 1876, 1 vol. in-8°.

TAUDIÈRE (Henry), *Traité de la Puissance Paternelle*, Paris, 1898, 1 vol. in-8°.

TISSIER. V. Glasson (Ernest).

— *Note au Sirey*, 1915.2.81.

TOULLIER, *Le Droit Civil Français*, 5e édit., Paris, 1830-1843, 21 vol. in-8°; continué par DUVERGIER, 6e édit., Paris, 7 vol. in-8°.

TURGEON (Ch.), *Le Féminisme Français*, Paris, 1902, 2 vol. in-8°.

VALETTE, Explication Sommaire du Livre Ier du *Code Napoléon*, Paris, 1859, 1 vol. in-8°.

— sur Proud'hon. V. Proud'hon.

VAZEILLES (F.-A.), *Traité du Mariage*, Paris, 1825, 2 vol. in-8°.

WAHL (Albert), V. Baudry-Lacantinerie et Wahl.

— *Le Droit Civil et Commercial de la Guerre*, Paris, 1918, t. I, t. II — 1er fasc., t. III, t. IV, 4 vol. in-8°.

— *La Guerre considérée comme Force Majeure. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1915.

— *Influence de la Guerre sur la Fin du Louage de Services. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1917.

— Note aux *Pandectes françaises*, 1916.1.17.

WELLS (H.-G.), *L'Europe de Demain*, Traduction Mazereau, Paris, 1917, 1 vol. in-8°.

ZACHARIÆ *Le Droit Civil Français*, 5e édit., par Massé et Vergé, Paris, 1854-1860, 5 vol. in-8°.

CODES ÉTRANGERS

Code Civil Allemand (du 18 août 1896). Traduction du Ministère de la Justice, Paris, 1904-1914, 4 vol. in-8°.
Code Civil Espagnol (1889). Traduction Levé, Paris, 1890, 1 vol. in-8°.
Code Civil Italien (1866). Traduction Huc et Orsier, Paris, 1868, 1 vol. in-8°. — Traduction Prudhomme, Paris, 1896, 1 vol. in-8°.
Code Civil Portugais (1867). Traduction Laneyrie et Dubois. Collection du Comité de Législation Etrangère, Paris, 1906, 1 vol. in-8°.
Code Civil Suisse (du 10 décembre 1907), Berne, 1908, 1 vol. in-8°.

RECUEILS DIVERS

Bulletin Officiel du Ministère de la Guerre, Edition Méthodique, vol. 88.
DALLOZ, *Recueil Périodique de Jurisprudence*, Années diverses.
— *Répertoire de Législation. Passim.*
— *Documents Officiels de la Guerre de* 1914, Paris, 1914-1918, 24 vol. in-8°, publication continuée sous le nom de *Bulletin Législatif*, et rendue permanente, 1918.
Encyclopædia of the Laws of England, 2ond édit., London, 1906-1916, 23 vol. in-4°.
Journal des Assurances, 1916-1917-1918.
Journal du Notariat, 1916.
Lois Nouvelles (Les), 1915-1916-1917.
Pandectes Belges. Inventaire Général de Droit Belge. Passim.
Pandectes Françaises. Recueil de Jurisprudence et de Législation. Années diverses.
Pasicrisie Belge.
Recueil de la Gazette des Tribunaux. Années diverses.
Recueil Périodique de Procédure Civile et Commerciale, 1916-1917.
Réforme Sociale, 1901.
Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, 1908-1909.
Revue de Droit Public, 1916-1918.
Revue Politique et Parlementaire, 1917-1918.
Revue Trimestrielle de Droit Pivil, 1908-1909-1914-1915-1916-1917.
SIREY, *Recueil Général des Lois et Arrêts.* Années diverses.
Sommaires de la Jurisprudence Française. Recueil Phily, 1914-1915-1916.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Introduction I

Avertissement XIII

Généralités concernant la Femme du Mobilisé 1

TITRE PRÉLIMINAIRE

QU'EST-CE QU'UN MOBILISÉ?

Section I. — Quand peut-on dire d'un individu qu'il est mobilisé ? 4

Section II.— Qu'est-ce qu'être présent sous les drapeaux ? 12

Section III. — Situation des militaires détachés de leurs corps pour être affectés à des Établissements travaillant pour la Défense nationale 17

A. — Militaires détachés dans les Établissements de l'État 17

B. — Militaires détachés dans des Établissements privés travaillant pour la Défense Nationale 18

CONCLUSION 25

APPENDICE. — La Mobilisation et le Mariage 27

PREMIÈRE PARTIE

LA FEMME DANS LA FAMILLE

Principes 33

Pages

TITRE I

L'ÉPOUSE

Sa condition normale et l'influence de la guerre..... 38

CHAPITRE PREMIER

LA DÉLÉGATION DE SOLDE 48

Section I. — Qu'est-ce que la Délégation de solde..... 49

A. — En quoi consiste la Délégation, p. 49. — 1° C'est une institution ouverte à certains militaires, p. 49. — 2° C'est une institution qui permet à ces militaires de faire profiter directement certaines personnes par eux indiquées d'une portion déterminée de leur solde. 50

B. — En quoi consiste la Délégation dite d'office, p. 53. — 1° Comment fonctionne-t-elle ? p. 53. — 2° Quelles personnes peuvent profiter de la Délégation d'office ? p. 57. — 3° Quel peut être le montant de la Délégation d'office ? p. 62. — 4° Quelle sera la durée de la Délégation d'office ?..... 63

Section II. — Nature Juridique de la Délégation de solde 64

A. — Délégation volontaire, p. 69. — 1° Analyse, p. 69. — 2° Qu'est cette institution ? p. 72. — *a*) Une Cession de créance ? p. 72. — *b*) Une Stipulation pour autrui ? p. 74. — *c*) Une Indication de paiement ? p. 78. — *d*) C'est une Institution *sui generis*. 82

B. — Délégation d'office, p. 88. — 1° Analyse, p. 88. — 2° Quelle est l'opération juridique que le Ministre scellera ainsi ? p. 89. — *a*) Une Gestion d'Affaires ? p. 90. — *b*) Une simple Retenue ? p. 93. — *c*) Une Saisie-Arrêt ? p. 94. — *d*) C'est aussi un Acte-Condition 95

CONCLUSION ET AVENIR DE LA DÉLÉGATION..... 99

CHAPITRE II

LA PENSION ALIMENTAIRE 109

Section I. — Le Droit Commun..... 110

A. — Les Époux vivent ensemble, p. 111. — 1° Sys-

Pages

tême général, p. 111. — 2° Critique du Système du Refus, p. 118. — 3° Influence de la loi du 13 juillet 1907 129

B. — Les Époux vivent séparés, p. 133. — Système reçu 133

Section II. — Le Droit de la Guerre 140

A. — La Femme du Mobilisé peut-elle demander une pension alimentaire à son mari ? p. 140. — Question préalable, p. 140. — 1° La Mobilisation qui enlève l'homme à son foyer laisse-t-elle subsister l'existence commune ou la rompt-elle ? p. 143. — 2° La Séparation de fait créée par la Guerre donne-t-elle à la femme le droit de réclamer des aliments à son mari ? 150

B. — Système de la Jurisprudence 153

CONCLUSION 167

TITRE II

LA MÈRE

GÉNÉRALITÉS 168

CHAPITRE PREMIER

SITUATION DE LA MÈRE EN CAS DE NON-PRÉSENCE DU PÈRE 173

§ 1. — La Mère restée seule au foyer exerce-t-elle la Puissance Paternelle ? 173

§ 2. — L'Opinion Doctrinale 178

§ 3. — Recherche d'une Solution, p. 181. — A) L'Intérêt de l'enfant, p. 182. — B) Les Faits, p. 183. — C) L'Intention du Mari, p. 183. — D) L'Intention du Législateur, p. 184. — E) La Raison, p. 187. — F) Le But de l'Institution, p. 188. — G) Les Textes, p. 191. — H) L'Exigence de l'Ordre Public, p. 196. — I, L'Exemple des Législations Étrangères 199

CONCLUSION 207

APPENDICE 1. — Quand la Mère exercera la Puissance Paternelle durant le mariage, à quel titre sera-ce ? 207

APPENDICE 2. — De quels pouvoirs la Mère disposera-t-elle ? 214

Page

CHAPITRE II

SITUATION FAITE A LA MÈRE PAR LA LÉGISLATION DE LA GUERRE 221

§ 1. — En quoi consiste la Modification ?..... 224

§ 2. — A qui profite la Modification ?..... 225

§ 3. — A quelles Conditions la Mère bénéficiera-t-elle de la Modification ? p. 228. — *x*) Comment la Mère agira-t-elle en justice ? p. 232. — *y*) Quel sera le Caractère de l'Intervention de la Justice ?..... 233

CONCLUSION 234

DEUXIÈME PARTIE

LA FEMME DANS LA SOCIÉTÉ

GÉNÉRALITÉS 237

TITRE I

LES CONTRATS

CHAPITRE PREMIER

SITUATION DE LA FEMME EN DROIT COMMUN, SPÉCIALEMENT EN CAS DE NON PRÉSENCE DU MARI 241

Section I. — Exception à la Nécessité d'une Autorisation. 242

A. — Le Mandat Tacite, p. 243. — *a*) Ce qu'il est, p. 243. — *b*) Sort du Mandat Tacite en cas de Non-Présence du Mari..... 245

B. — La Loi du 13 juillet 1907 255

Section II. — Exceptions à la Nécessité d'une Autorisation émanant du Mari..... 258

Section III. — Exceptions à la Nécessité d'une Autorisation conforme à la lettre des conditions prévues par le Code.. 265

CONCLUSION 277

Pages

CHAPITRE II

SITUATION DE LA FEMME DU MOBILISÉ 282

Section I. — Exceptions à la Nécessité de l'Autorisation.. 284
Section II. — Exceptions à la Nécessité de l'Autorisation émanant du Mari..... 302
A. — Conditions de l'Habilitation Judiciaire..... 305
B. — Quel sera le Rôle de la Justice à cet égard ?... 306
C. — Comment la Femme obtiendra-t-elle cette Habilitation ? 307
D. — Quel sera l'Effet de cette Autorisation ?..... 308
APPENDICE. — Situation de la Femme du Disparu..... 313
Section III. — Exceptions à la Nécessité d'une Autorisation conforme à la lettre des conditions prévues par le Code 318
A. — L'Autorisation Expresse 319
B. — L'Autorisation Tacite 320
CONCLUSION 323

TITRE I *bis*

INFLUENCE DE LA GUERRE SUR LES CONTRATS DESTINÉS A ASSURER L'EXISTENCE DE LA FEMME

CHAPITRE PREMIER

LE CONTRAT DE TRAVAIL 327

De celui dont il ne s'agit pas..... 327
De celui dont il s'agit..... 329
Position de la question..... 332
Section I. — Impossibilité Absolue d'exécuter..... 336
A. — L'Impossibilité est temporaire 341
B. — L'Impossibilité est définitive..... 344
Section II. — Impossibilité Relative d'exécuter..... 348
Section III. — Discussion et Réalisation..... 353

Pages

A. — Critique de la Jurisprudence et Essai d'une Construction nouvelle 353

B. — Consécration pratique 365

Conclusion 369

CHAPITRE II

L'ASSURANCE-VIE 372

Problème que pose la Guerre 372

Section I. — Interprétation Jurisprudentielle de la Clause de Suspension 379

A. — Qu'est-ce qu'un Service de Guerre ? 379

B. — Qu'est-ce que l'Entrée en Campagne ? 382

Section II. — Critique de l'Interprétation Jurisprudentielle et Recherche d'une Solution 385

A. — Que faut-il entendre par Service de Guerre ? 386

B. — Que faut-il entendre par Entrée en Campagne ?. 391

C. — La Clause en elle-même 397

Section III. — Conséquences de l'Existence ou de l'Absence du Risque de Guerre 411

A. — Il y a Service de Guerre et Entrée en Campagne 412

A*bis*. — Il y a Service de Guerre et Entrée en Campagne, mais l'assuré a souscrit un Avenant 415

Qu'est exactement l'Avenant et que constitue-t-il au juste ? p. 416. — Résultat. 420

B. — Il n'y a pas Service de Guerre ni Entrée en Campagne 421

Conclusion 427

TITRE II

LES PROCÈS

Généralités 430

Pages

CHAPITRE PREMIER

OBSTACLES DE FAIT A L'INTERVENTION DE LA FEMME EN JUSTICE 436

CHAPITRE II

OBSTACLES DE DROIT A L'INTERVENTION DE LA FEMME EN JUSTICE 441

I. — Principe : Interdiction d'appeler le Mobilisé en Justice. 441
II. — Application : Divorce et Référé 445
Section I. — Le Divorce 445
1° La question qui se pose : La Femme peut-elle introduire une Demande en Divorce contre son Mari mobilisé ? 445
2° Recherche d'une Solution 446
3° L'Effort de la Jurisprudence. Son Appréciation... 452
4° Questions Accessoires 458
Section II. — Le Référé 461
1° La question qui se pose : La Femme peut-elle agir en Référé contre son Mari mobilisé ? 461
2° Les Solutions Proposées 465
3° Choix d'un Parti 468
4° Application et Conclusion 476

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

La Guerre, en appelant son Conjoint à l'Armée, a atteint la Femme elle-même 481
A. — L'Epouse ne peut plus alors obtenir de son Mari tout ce qui lui est nécessaire pour vivre selon l'article 214 482
B. — La Mère ne peut pas légalement exercer vis-à-vis de ses enfants les droits que le Code lui reconnaît en puissance 487
C. — La Femme ne peut plus utiliser le minimum de Capacité que le Code lui attribue 489
ENSEIGNEMENT 493

BIBLIOGRAPHIE 499
TABLE DES MATIÈRES 505

SAINT-AMAND (CHER). — IMPRIMERIE BUSSIÈRE